This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

3 2044 103 261 368

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 5, 1900.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

PARIS. — IMPRIMÉ PAR E. THUNOT ET Ce, RUE RACINE, 26.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Premier président de la Cour de cassation, Membre de l'Institut.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Docteur en droit, Conseiller à la Cour impériale de Paris.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION;

FAUSTIN HÉLIE
Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD
Président de chambre à la Cour de cassation.

DE VALROGER
Professeur de l'histoire du droit à la Faculté de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen, anc. bâtonn. de l'Ordre des avoc. à la Cour imp.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

DELANGLE
Ministre de la Justice.

DEMOLOMBE
Doyen de la Faculté de droit de Caen.

FL. MEMERREL
Avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation et au Ministère de l'Intérieur.

KOENIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

DE ROYER
Vice-président du Sénat.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

G. DUFOUR
Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

ROULAND
Ministre de l'Instruction publique

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au collége de France.
Docteur en droit

POUR LA PARTIE ÉTRANGÈRE

M. BERGSON
Docteur en droit, Correspondant de l'Académie de législation de Toulouse, ancien Co-Directeur de la Revue de droit français et étranger.

TOME XXI. — 12me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

6, rue Saint-Hyacinthe (au coin de la rue Soufflot).

1862

Rec. Mar. 5, 1900.

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence civile et criminelle dans ses rapports avec la liberté de la vie privée.

PROCÈS EN INDEMNITÉ POUR CAUSE DE SÉDUCTION.
DEMANDES EN PENSION ALIMENTAIRE PAR LES FILLES-MÈRES.
COMPLICITÉ D'EXCITATION A LA DÉBAUCHE.

Par M. A. Bertauld,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

SOMMAIRE.

De la tendance à convertir certaines obligations naturelles en obligations civiles.
Grande réserve de nos lois pour tout ce qui touche à la vie privée.
Inconvénients de la jurisprudence qui tend à convertir les obligations naturelles en obligations civiles.
Caractère général de quelques solutions.
Opinion des rédacteurs du Code.
Raisons de principe.
Portée des articles 334 et 335 du Code pénal.
De la complicité du proxénétisme.

I. Dans la vie privée, la liberté individuelle a plus de droits l'autorité; dans la vie publique, l'autorité doit avoir la prédérance.

a jurisprudence de nos tribunaux tient sans doute grand pte de cette idée. Mais y a-t-elle toujours été assez fidèle? fre-t-elle pas quelques traces, quelques témoignages d'une reuse tendance à envahir un domaine qui n'est pas celui loi, pour faire elle-même des lois sur des intérêts gers à la souveraineté sociale? Ne soulève-t-elle pas trop ment le voile qui protége le foyer domestique? Par un

excès de sollicitude pour des situations que la société réprouve, ne se livre-t-elle jamais avec trop de complaisance à des recherches qui sont, pour la conscience publique, une grave cause d'inquiétude et de trouble? N'est-il pas à craindre que, sous l'empire d'inspirations très-pures, le pouvoir judiciaire, dans l'ardeur de son dévouement à la loi morale, ne devienne un dangereux ami et ne compromette la cause qu'il veut servir?

Gardienne de la loi sociale, qui doit laisser une grande partie de la loi morale à la discrétion du libre arbitre, la magistrature ne veut assurément pas s'arroger des droits qui n'appartiendraient pas au législateur lui-même; mais elle se fait peut-être quelques illusions sur l'étendue de sa compétence et le vrai caractère de sa mission. Profondément affligée et alarmée de certains maux, elle croit avoir à sa disposition des remèdes, et elle est tentée de les appliquer dans des cas où l'abstention conviendrait mieux à ses attributions et serait d'ailleurs plus salutaire. Il y a des plaies, des infirmités qu'on ne guérit pas, qu'on aggrave plutôt en les montrant. Pourquoi, par exemple, autoriser la révélation de désordres, d'immoralités que la pénalité sociale n'atteint pas et qui relèvent d'une autre justice? Pourquoi vouloir attacher des conséquences juridiques à des faits, à des relations illicites? La société ne les réprime pas sans doute, mais ils n'ont droit à aucune des garanties de la loi, parce que, si la loi est impuissante pour les prévenir et les châtier, elle est astreinte au moins à ne pas venir à leur secours, et que c'est, en réalité, leur accorder une sorte de sanction que de les réglementer.

2. Nos Codes témoignent d'un grand respect pour la pudeur publique et pour l'inviolabilité des secrets de la vie privée. A quelles conditions difficiles ne subordonnent-ils pas le désaveu du mari qui repousse de son foyer des enfants que l'inconduite de sa femme y a introduits! Il s'agit pourtant d'empêcher une odieuse usurpation, et c'est ce droit sacré de la famille qui est en cause! Pourquoi la femme ne peut-elle se plaindre de l'adultère que dans le cas où le mari a souillé la maison conjugale en y entretenant sa concubine? Pourquoi le mari ne peut-il atteindre le complice de l'adultère dont il est victime qu'autant qu'il le saisit en flagrant délit ou rapporte la preuve écrite de sa culpabilité?

La tolérance de nos lois n'est pas de l'indifférence. Elles to-

lèrent ou plutôt elles refusent de voir des maux particuliers dont la constatation produirait un mal général.

Pourquoi la recherche de la paternité est-elle interdite? L'enfant, irresponsable de la faute à laquelle il doit le jour, est digne de sympathie. Oui; mais il n'a pas un droit opposable à la société, parce qu'il est né au mépris de ses prescriptions, malgré elles. Si la société intervenait, elle ferait un acte offensif pour le vrai droit, le droit de la famille; elle s'abstient, et autorise seulement la reconnaissance volontaire. Si elle permet la recherche de la maternité, c'est qu'elle est intéressée à ne pas laisser l'enfant absolument dénué d'appui; et encore, cette recherche, elle l'assujettit à des conditions rigoureuses. D'ailleurs la mère est presque toujours connue, et le caractère officiel de la constatation n'ajoute d'ordinaire que peu de chose au scandale. La recherche de la paternité offrirait plus d'incertitudes et de périls. Enfin la continence, qui est un devoir pour tous les sexes, a plus d'importance sociale pour la femme que pour l'homme.

Pourquoi nos Codes ne prohibent-ils plus les libéralités entre concubins? L'annulation de ces libéralités appellerait des investigations dangereuses. En sauvegardant le patrimoine des familles, elle exposerait et sacrifierait leur honneur; elle introduirait la justice sociale sous le toit domestique et autoriserait des inquisitions antipathiques à la liberté de la vie privée. Si l'homme, par certains côtés, appartient à la société, est-ce qu'il ne s'appartient pas aussi à lui-même? Le pouvoir social surveille la vie extérieure, il n'épie point l'intimité.

Pourquoi l'excitation à la débauche n'est-elle pas un délit, lorsque l'agent n'a obéi qu'à l'intérêt de ses passions personnelles? Pourquoi cette immunité au profit de la débauche? Pourquoi cette lâche complaisance, nous dirions presque cette honteuse complicité? Parce que la société n'est pas astreinte à refréner tous les mauvais instincts; parce qu'elle n'a pas, dans un sens absolu, charge d'âmes; parce qu'elle n'a pas qualité pour imposer l'observation de la partie de la loi morale sans laquelle elle peut vivre et se développer; parce qu'elle ne doit pas garrotter la liberté individuelle, sous prétexte de la mieux assurer en l'immolant.

3. Cependant, dans la conviction qu'ils sont appelés à venir au secours de la loi morale, quelques tribunaux, dans ces der-

niers temps, se sont montrés fort enclins à imposer l'accomplissement de prétendues obligations naturelles que la société a jugé convenable de ne pas convertir en obligations civiles et dont son intérêt est d'empêcher la constatation. Or le législateur, non le pouvoir judiciaire, détermine, en dernier ressort, la partie de la loi morale qui doit revêtir le caractère de loi sociale, et la partie de la loi morale que la loi sociale ne s'approprie pas n'a d'autre sanction que la conscience individuelle. L'obligé, et seulement l'obligé, a qualité pour reconnaître soit l'étendue, soit même l'existence de l'obligation naturelle. La société s'accuse, quand, de vive force, elle substitue, par l'organe du pouvoir judiciaire, son appréciation à l'appréciation de la conscience individuelle : car la conscience sociale, si elle est éclairée, doit se traduire dans la loi, et non dans des décisions qui ne sont légitimes qu'à la condition qu'elles appliquent, mais ne corrigent pas les dispositions législatives.

Le pouvoir judiciaire, si dignes que soient les mains dans lesquelles il est en dépôt, est bien trop réparti et présente trop peu de garanties d'unité pour qu'on l'investisse du droit de faire des lois supplémentaires. A quelle incohérence, à quelle confusion, à quel chaos n'aboutiraient pas des inspirations sans règle, fatalement contradictoires et pas toujours suffisamment élevées! La liberté civile est sans cesse menacée, quand le magistrat veut frapper un fait que le silence de la loi absout, puisque la *loi-jugement* est nécessairement rétroactive.

4. Je ne puis ni ne veux citer tous les exemples de la tendance que je signale avec d'autant plus de liberté que les esprits qui la subissent n'ont pas conscience de l'empiétement qu'ils favorisent et des dangers qui peuvent en résulter. Des hommes de bien ont pour eux leur bonne intention, ils croient défendre la société, et, à mon sens, ils compromettent quelques-uns de ses plus chers intérêts. Je dois toutefois emprunter quelques témoignages à la jurisprudence.

Des femmes qui n'ont pas seulement perdu leur innocence, mais leur pudeur, réclament des dommages-intérêts contre ceux qu'elles appellent leurs séducteurs. Tantôt elles parlent de promesses de mariage, tantôt, et pour cause, puisqu'elles imputent leur chute à des hommes mariés, elles ne parlent que de piéges dans lesquels leur faiblesse aurait succombé. Elles se disent victimes de séductions, tandis qu'alles ne sont victimes que de

leurs mauvais instincts et de leurs convoitises. Elles se prévalent de la perte d'une vertu dont l'existence, même dans le passé, est fort incertaine, et elles espèrent faire oublier leur corruption présente, qui n'a rien de problématique. Elles comptent leurs grossesses, leurs enfants, et pour elles l'adultérinité des relations n'est qu'une raison de plus de leur accorder, avec des sympathies auxquelles elles ne tiennent guère, de l'argent auquel elles tiennent beaucoup. Elles veulent faire nourrir, pensionner, doter leur postérité par des hommes qu'elles n'appellent pas *pères*, mais *auteurs de dommages*. Dans un langage de convention qui ne trompe personne, ces femmes rejettent sur les hommes qu'elles choisissent la responsabilité et les charges de leur *maternité;* elles ne recherchent pas, disent-elles, la *paternité;* elles en déduisent les conséquences en sous-entendant la cause.

A ceux qui ont hérité des idées de Montesquieu, de Beccaria, de Filangieri, de Servan, à ceux dont les pères ont fait écrire ces idées dans nos lois, il est difficile de faire admettre que les procès de séduction peuvent revivre, lorsqu'il n'y a ni enlèvement, ni détournement, ni déplacement de mineure au-dessous de seize ans, lorsqu'il n'y a d'ailleurs ni violence ni fraude caractérisée.

Cependant la jurisprudence, qui a d'abord, avec beaucoup de réserve et timidement, ouvert la porte aux actions pour préjudice matériel et moral résultant de la violation d'une promesse de mariage, quand cette promesse ne pouvait être contestée [1], sert aujourd'hui de point de départ à une théorie aussi contraire aux intérêts de la société qu'aux textes de nos lois : les filles-mères abordent sans voile la justice.

Il n'entre pas dans ma pensée de citer des espèces particulières. J'essaye de juger une doctrine, et non des applications que des circonstances de fait ont plus ou moins encouragées [2].

[1] Voir : arrêt de Bordeaux, du 23 novembre 1852; arrêt d'Aix, du 14 juillet 1853; arrêt de Douai, du 3 décembre 1853 (*Journal du Palais*, 1854, t. II, p. 368).

[2] Voir pourtant un arrêt de la Cour de Paris, du 24 novembre 1860, avec les très-remarquables conclusions qui l'ont précédé (*Devill. et Car.*, 1861, 2, 7). Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la chambre civile le 27 mai 1862. On pourrait rapprocher de ces deux décisions un arrêt de la Cour de Caen, du 10 juin 1862.

Sans doute, la Cour de cassation a jusqu'ici donné de nombreux témoignages de sa résistance à l'idée que nous ne voudrions pas voir s'accréditer [1].

5. « La manifestation d'un désordre caché n'est jamais, pour « l'intérêt social, compensée par la réparation d'un dommage « individuel, » disait avec une grande profondeur le tribun Duveyrier devant le Corps législatif, sur le titre *de la Paternité et de la filiation.*

L'orateur du gouvernement, M. Bigot-Préameneu, n'était pas moins explicite : « Depuis longtemps, dans l'ancien régime, un « cri général s'était élevé contre les recherches de la paternité. « Elles exposaient les tribunaux aux débats les plus scanda- « leux, aux jugements les plus arbitraires, à la jurisprudence « la plus variable. L'homme dont la conduite était la plus pure, « celui même dont les cheveux avaient blanchi dans l'exercice « de toutes les vertus, n'était point à l'abri de l'attaque d'une « femme impudente ou d'enfants qui lui étaient étrangers. Ce « genre de calomnie laissait toujours des traces affligeantes. « En un mot, les recherches de la paternité étaient regardées « comme le fléau de la société. »

Devant le tribunat, le tribun Leharry, en signalant la naissance d'un enfant, fruit de l'inceste ou de l'adultère, comme une vraie calamité pour les mœurs, déclarait que, bien loin de conserver la trace d'une pareille origine, il était à désirer qu'on pût en éteindre jusqu'au souvenir.

Sur l'impossibilité de distinguer la séduction de l'abandon volontaire, les rédacteurs de nos Codes n'ont pas été moins précis : « Comment, » a-t-on dit avec une originalité qui n'est peut-être pas exempte d'afféterie, « reconnaître l'agresseur « dans un combat où le vainqueur et le vaincu sont moins en- « nemis que complices? »

La tradition de ces idées, grâce à Dieu, n'est pas interrompue. M. Troplong écrivait récemment encore qu'il y a des cas où la réparation du mal est plus dangereuse que le mal lui-même. « La vie privée ne doit pas être livrée à une intolérable inqui- « sition. » « Le scandale des poursuites bouleverserait les

[1] Voir notamment un arrêt de la chambre des requêtes, du 2 février 1853, *Labau et Rougé c. Massia* (Dalloz, 1853, 1, 57), et un arrêt de rejet, du 7 janvier 1862, *Schauer c. Fortman* (Dalloz, 1862, 1, 188). Voir aussi un arrêt de Besançon, du 19 mars 1862 (Dalloz, 1862, 2, 58).

« familles, » ont dit aussi des jurisconsultes philosophes.

6. Je m'alarme d'une tendance qui introduirait le juge dans une sphère où le législateur lui-même n'aurait pas le droit de pénétrer. Je me préoccupe surtout d'une tentative d'usurpation sur la liberté individuelle.

L'individu a une part de souveraineté sur lui-même. Tant pis pour lui s'il en abuse; tant pis aussi pour les personnes qui, dans les limites de la souveraineté qu'elles ont sur elles, s'associent à des abus dont elles se prétendent ensuite victimes. La société doit se tenir à l'écart, s'il n'y a pas d'atteinte à la pudeur publique; elle doit surtout se garder d'encourager de périlleuses révélations. Elle ferme l'oreille au récit de faits qui ont dû se dérober à ses yeux. La liberté des accusations honteuses n'impliquerait-elle pas la liberté de la défense? La honte que l'on répudierait pour soi, n'essayerait-on pas fatalement de la reporter ailleurs? Et, pour se soustraire à une souillure, ne s'épuiserait-on pas en efforts pour l'imprimer à des personnes étrangères, qu'on soutiendrait coupables de torts dont on n'accepterait pas le fardeau?

Dans l'intérêt de qui la société, oublieuse de ses droits et de ses devoirs, ouvrirait-elle une arène au scandale? Dans l'intérêt de femmes qui souvent ne savent plus rougir, puisqu'elles affrontent la publicité, de femmes qui ont peut-être dès le principe spéculé sur leur chute. Elles se plaignent d'un abandon qu'elles ont dû prévoir; elles voudraient la continuation d'un mode d'existence qui leur a procuré des ressources et des jouissances dont la précarité diminue la tentation. La société doit-elle intervenir pour garantir, par la sanction de dommages-intérêts, l'indissolubilité du concubinage?

7. Chacun doit être libre de faire le mal qui ne nuit qu'à lui-même. Mais ce mal, que l'agent aurait la liberté de faire s'il obéissait à son inspiration personnelle, peut-il revêtir le caractère d'une violation d'un devoir social de la part d'un autre agent qui l'a conseillé?

John Stuart Mill a examiné, avec beaucoup de soin et de sagacité, la question. Il reconnaît bien que le fait de conseiller un certain acte n'est pas, à strictement parler, un fait de conduite personnelle; c'est une action qui touche à autrui et que, partant, la société semble avoir qualité pour contrôler. Si l'on doit permettre aux gens, pour ce qui ne concerne qu'eux-

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 5, 1900.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

PARIS. — IMPRIMÉ PAR E. THUNOT ET Cᵉ, RUE RACINE, 26.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Premier président de la Cour de cassation, Membre de l'Institut.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Docteur en droit, Conseiller à la Cour impériale de Paris.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION;

FAUSTIN HÉLIE
Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD
Président de chambre à la Cour de cassation.

DE VALROGER
Professeur de l'histoire du droit à la Faculté de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen, anc. bâtonn. de l'Ordre des avoc. à la Cour imp.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

DELANGLE
Ministre de la Justice.

DEMOLOMBE
Doyen de la Faculté de droit de Caen.

FL. MIMERREL
Avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation et du Ministère de l'intérieur.

KŒNIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

DE ROYER
Vice-président du Sénat.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

G. DUFOUR
Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

ROULAND
Ministre de l'Instruction publique

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au collège de France.
Docteur en droit

POUR LA PARTIE ÉTRANGÈRE

M. BERGSON
Docteur en droit, Correspondant de l'Académie de législation de Toulouse, ancien Co-Directeur de la Revue de droit français et étranger.

TOME XXI. — 12me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

6, rue Saint-Hyacinthe (au coin de la rue Soufflot).

1862

de sa créance : il exige des sûretés particulières, et prouve donc par là qu'il ne se contente plus de la qualité du titre tel qu'il le tenait du défunt[1].

Enfin il faudra adopter la même décision à l'égard du créancier qui a poursuivi l'expropriation des biens de l'héritier, à l'égard du créancier qui a produit dans un ordre ouvert contre ce dernier, ou même de celui qui a pris inscription sur ses biens[2]. Car s'il avait voulu recourir à l'exécution réelle, il devait attaquer au préalable les biens de la succession : puisque, d'après une théorie que nous développerons plus loin (n° 136), il ne peut venir sur les biens de l'héritier qu'après les créanciers personnels de ce dernier ; s'il les discute sans respecter cette préférence, il agit comme eux-mêmes auraient pu agir, et en invoquant leurs prérogatives, il doit donc aussi partager leur condition dans ce qu'elle a de désavantageux.

79. Telles sont à peu près les principales solutions à donner dans cette matière délicate, qui est et restera toujours le siége de grandes controverses, tant qu'on ne voudra pas en revenir législativement aux principes si simples et si clairs de la loi romaine.

Mais on est parfaitement d'accord sur cette idée, que, la séparation restant tout à fait individuelle activement et passivement, la déchéance de l'article 879 doit l'être aussi ; les créanciers qui n'ont pas fait les actes de novation que nous avons définis, conserveront le droit d'invoquer le bénéfice en question, *quia nemo, ex alterius facto, deteriorem conditionem pati debet ;* et réciproquement aussi, l'héritier, même lorsqu'il n'a pas concouru à ces actes, ne pourra les opposer aux créanciers qui ne se sont pas adressés à lui (n° 110).

§ 2. — *De la confusion.*

80. On peut définir la confusion, dans cette matière, *le mélange matériel des biens du défunt avec ceux de l'héritier, de manière à en rendre à l'avenir la distinction impossible ;* et c'est cette impossibilité qui fait obstacle à la séparation, à laquelle manque désormais une base propre à asseoir le droit de préférence qu'elle implique.

[1] V. Cass., 3 février 1857 (S., 1857, I, 321).
[2] Liége, 13 mars 1811 (Sir., 3, II, 414).

Il résulte de cela qu'il faut éviter soigneusement de tomber dans une erreur ici assez naturelle, touchant la nature de la confusion dont il s'agit, et qui n'est point ce mode d'extinction des obligations par la réunion sur une même tête de deux qualités incompatibles. Nous avons déjà donné, aux nos 48 et suivants, des explications sur ce genre de confusion dans ses rapports avec le droit de séparation, et nous n'avons plus à y revenir. C'était là une sorte de confusion fictive, œuvre de la loi seule, et que nous pourrions appeler à cause de cela *confusion de droit;* ici, au contraire, se produit une véritable *confusion de fait,* non pas entre deux qualités juridiques, mais entre deux choses corporelles.

81. C'est pour avoir méconnu cette distinction, cependant bien simple et bien logique, que M. Vazeille en est arrivé à nier l'influence de la confusion sur l'exercice du droit de séparation; en effet, voici ce que nous lisons dans son commentaire sur l'article 880[1] : « ..... Où est la loi vivante qui fait de la con-
« fusion prolongée jusqu'à la vente une cause de refus pour
« la séparation? L'on ne sépare que ce qui est mêlé, et la loi
« n'accorde le privilége de la séparation que pour faire cesser
« la confusion, *laquelle est ainsi une cause et non pas un empê-*
« *chement de division.* »

Nous regrettons de ne pouvoir partager la manière de voir d'un jurisconsulte pour les opinions duquel nous avons la plus grande déférence; mais il nous semble ici être tombé dans la même erreur que ces praticiens dont se moquait si spirituellement le président Favre, dans le passage auquel nous faisions déjà allusion au no 53 : *Vidi ego,* disait le facétieux magistrat, *et nudis dentibus risi aliquando ex pragmaticis plerosque abutentes in contrariam sententiam eo quod scriptum est in L.* 1, § 12, *postquam bona hæreditaria bonis hæredis mixta sunt, non posse impetrari separationem, ideo quod confusis et unitis bonis separatio fieri nequeat, quasi vero tractet Ulpianus eo loco de confusione quæ fit sola juris potestate, per aditionem hæredatis, ac non potius de vera et reali mixtione corporum in hæreditate repertorum, cum corporibus bonorum hæredis.....,* etc. — N'en pourrait-on pas dire autant aujourd'hui? et ces praticiens, tout en arrivant à des conséquences que M. Vazeille

[1] Sur l'article 880, no 5.

désavouerait certainement, n'étaient-ils pas partis du même principe vicieux?...

En vain nous opposera-t-il le silence de la loi ; car dans une législation imparfaitement élaborée par ses rédacteurs, il faut toujours recourir aux sources où ils ont puisé ; c'est un genre d'interprétation qu'on est souvent forcé d'adopter en pareil cas : témoin l'article 1167, pour l'application duquel on fait bien des distinctions qui ne sont plus écrites aujourd'hui dans son texte même ; et jamais il n'est venu à l'idée de personne de contester la légitimité de ces procédés, qui seuls donnent encore actuellement de l'importance aux études historiques.

82. Il est assez difficile de comprendre comment les immeubles et les droits incorporels du défunt pourront être confondus avec ceux de l'héritier : leur nature même s'oppose à la confusion, à moins que les possessions ne soient tellement unies qu'elles ne puissent plus être discernées, chose qu'Ulpien déjà constatait comme devant arriver très-rarement [1].

La vente simultanée et en bloc même d'un ou de plusieurs immeubles de la succession avec des immeubles de l'héritier, n'opérerait confusion du prix, que si la ventilation en restait impraticable.

83. Mais si la confusion n'atteint que rarement les immeubles, il en est tout autrement des meubles, et c'est même chez eux le cas le plus ordinaire, en raison de leur transformation facile et de leur détérioration rapide. L'inventaire, qui est le moyen le plus efficace de prévenir cette confusion, en conservant les indices propres à faire reconnaître l'identité des objets, n'est pas cependant un remède infaillible, et nous verrons plus tard qu'il ne donne jamais, à lui seul, aux créanciers le droit d'exiger la valeur du mobilier qu'on ne peut leur représenter en nature (n° 107).

A l'inverse, il n'est pas non plus requis à peine de déchéance, comme pour le bénéfice d'inventaire [2], et la séparation pourra toujours être invoquée, si l'origine des meubles est susceptible d'être établie d'autre manière. Enfin la confusion d'une partie du mobilier n'empêche pas la séparation, quant à la portion non confondue : individuel au point de vue des personnes

[1] L. 1, § 12, D., *De separ.*
[2] C. N., art. 794.

entre lesquelles il s'exerce, ce bénéfice l'est aussi à l'égard des objets auxquels il s'applique.

84. Les moyens ouverts aux créanciers pour prévenir la confusion seront expliqués au chapitre IV (nos 107 et suiv.).

§ 3. — *De l'aliénation.*

85. La séparation étant dirigée contre les créanciers de l'héritier et non contre l'héritier lui-même (n° 106)[1], il s'ensuit qu'elle ne détruit point les effets de la saisine, en vertu de laquelle l'héritier se trouvait investi de plein droit et par la seule puissance de la loi, dès l'ouverture de la succession, de tous les droits actifs et passifs du défunt; il s'ensuit encore qu'elle ne détruit point les droits attachés au titre indélébile de propriétaire, et qui permettent à cet héritier d'aliéner tous les biens de la succession, sans qu'il risque de voir cette prérogative circonscrite par les créanciers de la succession, obligés d'accepter les aliénations comme si elles procédaient du défunt lui-même; sauf bien entendu le cas de fraude, contre lequel l'application de l'article 1167 ne saurait être écartée.

C'est à ce droit de l'héritier que fait allusion l'article 880 dans son deuxième alinéa, lorsqu'il dispose que la séparation « à l'égard des immeubles..... peut être exercée tant qu'ils « existent dans la main de l'héritier. » La loi, il est vrai, ne statue expressément que pour les immeubles, mais il faut *a fortiori* appliquer sa décision aux meubles; et la distinction qu'elle fait dans les deux alinéas de cet article entre les meubles et les immeubles n'a trait, comme il est facile de s'en convaincre par une lecture attentive, qu'à la prescription du bénéfice de séparation, et ne saurait raisonnablement être étendue à l'aliénation; elle doit d'ailleurs s'effacer ici avec d'autant plus de raison, que les meubles en général ne sont pas soumis au droit de suite, pas plus au profit du propriétaire[2] qu'au profit du créancier hypothécaire[3], et il serait singulier que les créanciers du défunt pussent prétendre à un droit plus étendu que les créanciers hypothécaires par exemple, dont l'hypothèque s'étendrait accessoirement sur les meubles réputés immeubles par destination, et qui ne peuvent plus les poursuivre, lorsqu'ils ont été

[1] C. N., art. 878.
[2] Art. 2279, al. 1.
[3] C. N., art. 2119.

détachés de bonne foi, par le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué.

86. D'un autre côté, en subordonnant l'exercice de la séparation à cette condition que les biens ne soient pas encore sortis du patrimoine du défunt devenu jusqu'à un certain point patrimoine de l'héritier, la loi n'a point entendu, par cela seul et dans tous les cas, refuser aux créanciers de la succession la faculté d'user de la séparation : si l'acte d'aliénation, tout en diminuant ce patrimoine de quelques valeurs, y en a fait entrer d'autres qui, par la fiction d'une subrogation réelle, puissent prendre les lieu et place de celles qui en sont sorties; ou si encore cet acte d'aliénation n'a affecté qu'une portion du droit de propriété qu'il n'a fait que démembrer, en conservant à l'héritier les droits principaux qui sont l'apanage exclusif du propriétaire. Nous avons traité, au chapitre II (nos 69 et 70), des diverses hypothèses où la séparation est transportée, pour ainsi dire, des choses de la succession sur celles qui leur sont substituées : nous y renvoyons le lecteur, et il ne sera question dans celui-ci que des aliénations, en tant qu'elles font perdre le droit de séparation sur la chose même qui en a été l'objet.

87. La faculté d'aliéner librement les biens de la succession n'est pas reconnue par tous les auteurs. En effet, argumentant de la disposition finale par laquelle l'article 2111 prive l'héritier du droit de grever les immeubles d'hypothèques au préjudice des créanciers et légataires du défunt (ce qui n'est rien autre chose qu'une aliénation partielle de la propriété), M. Blondeau [1] pense qu'il doit, à plus forte raison, être interdit à l'héritier de faire une aliénation complète de la propriété pleine et entière des immeubles successoraux. Ce rapprochement, qui paraît *un trait de lumière* à M. Hureaux [2], dénonce une anomalie plus spécieuse que véritable.

Pour en détruire la valeur, nous n'invoquerons pas le Droit romain qui consacrait la même singularité (n° 22) [3]; nous

[1] *Op. cit.*, p. 480, texte et note 1re.

[2] *Op. cit.*, n° 389.

[3] Un autre exemple, que l'on peut choisir dans le Code et qui est parfaitement approprié à cette matière, prouve encore bien péremptoirement que celui qui ne peut pas le moins, peut quelquefois le plus, et détruit ainsi de fond en comble l'argument *a fortiori* de M. Blondeau. D'après les articles 859 et 865, le donataire d'un immeuble sujet à rapport peut valablement et

renoncerons aussi à nous prévaloir de l'autorité de Domat, quand il dit si énergiquement[1] : « A l'égard des immeubles « aliénés par l'héritier, les créanciers du défunt qui n'avaient « pas d'hypothèque y ont perdu leur droit, et il ne leur reste « que l'action personnelle contre l'héritier..... *car ils n'avaient « pas acquis un droit de propriété par la mort du défunt.* » On nous répondrait, sans doute, que les nouvelles bases sur lesquelles a été édifié notre régime hypothécaire actuel, ne permettent pas d'appliquer une disposition qui se comprendrait tout au plus dans un système de clandestinité, trop nuisible au crédit public pour prendre faveur aujourd'hui. Nous ne nous armerons pas non plus de la disposition de l'article 834 du Code de procédure, d'ailleurs abrogée aujourd'hui ; on nous répliquerait encore que *ce n'est qu'une misérable argutie qui sacrifie l'esprit de la loi à sa lettre*[2].

Mais nous croirons avoir évité toutes ces critiques en affirmant que l'esprit du législateur, plus encore que son langage, tend certainement à permettre les aliénations[3] pour défendre l'hypothèque[4].... Et pourquoi non? sera-ce pour cela une inconséquence, une anomalie? — Pas le moins du monde : il était parfaitement possible de maintenir l'hypothèque, avec des effets restreints contre les créanciers chirographaires de la succession qui auraient inscrit leurs priviléges après les délais fixés et postérieurement en date, ou contre tous les autres créanciers chirographaires de l'héritier, mais non pas contre ceux de la succession qui se trouvent en règle; tandis qu'il eût été difficile et dangereux de maintenir l'aliénation, par exemple, à l'égard des premiers, et de l'annuler à l'égard des derniers. Cette division de position n'aurait fait qu'engendrer des procès funestes pour la sécurité de l'acquéreur et le crédit de l'héritier.

Le législateur n'a prohibé les constitutions d'hypothèques que dans une certaine mesure; en tant qu'il jugeait nécessaire de maintenir les droits dont il investissait les créanciers de la

irrévocablement l'aliéner, tandis qu'il lui est interdit de l'hypothéquer au préjudice de ses cosuccessibles.

[1] *Lois civiles, loc. cit.*, n° 5.

[2] Blondeau, *loc. modo cit.*

[3] C. N., art. 880.

[4] Art. 2111.

succession, et afin de pouvoir donner quelque efficacité au privilége tel qu'il entendait l'organiser en leur faveur; mais cette efficacité bornée à un droit de préférence ne pouvait paralyser la faculté d'aliéner, qui ne connaît d'autres restrictions que celles que lui impose le droit de suite. Que maintenant la prohibition d'aliéner eût sauvegardé davantage les intérêts des créanciers, cela n'est pas douteux; mais la loi, si elle avait voulu aller si loin, devait aussi, sous peine d'encourir un reproche d'inconséquence, autoriser ce droit de suite, et le texte de l'article 880 nous prouve assez qu'elle a reculé devant cette extension. Et n'est-ce pas exagérer singulièrement la portée de ses dispositions, que de prétendre que l'inscription aura la vertu d'empêcher une aliénation, alors que le législateur s'est contenté de dire qu'elle empêchera l'hypothèque? Et sera-ce de cette manière qu'on entendra respecter l'esprit qui lui a dicté son œuvre?... Une telle induction hardie en philosophie, le serait bien plus en jurisprudence, où l'interprétation est la base de tout raisonnement.

Reconnaissons donc, avec la majorité des auteurs, que l'aliénation est permise, mais que l'hypothèque n'est pas autorisée au profit de l'héritier.

88. Voilà tout ce que l'on peut dire sur cette matière, en s'en tenant au sens littéral de la loi; mais si l'on veut pousser plus loin ses investigations et faire fructifier, pour ainsi dire, ce qu'elle n'avait fait que déposer en germe dans le Code, il ne faudra pas s'arrêter ici; quelques développements encore deviendront alors nécessaires.

Ainsi il est impossible que l'article 2111, ne statuant que sur l'hypothèque, ait permis que d'autres droits réels, tels que le privilége ou l'antichrèse, fussent établis sur l'immeuble au préjudice des créanciers du défunt : c'eût été rendre illusoire et impraticable la séparation des patrimoines. De même, l'article 880, qui ne vise que l'aliénation de la pleine propriété, n'a pas pu vouloir que l'héritier consommât à son gré d'autres actes moins importants, à la vérité, mais tout aussi préjudiciables, tels que la constitution d'usufruit, le louage et autres aliénations partielles de la propriété. D'un autre côté, on n'oserait non plus pousser trop loin cette dernière conséquence; car, en argumentant de l'expression *aliénation partielle*, on pourrait aller jusqu'à dire que l'hypothèque, qui est aussi une aliéna-

tion partielle, un démembrement de la propriété, ne serait plus interdite à l'héritier ; ce qui heurterait de front le texte même du Code. Il importe à cet égard de bien préciser les expressions de la loi, et de les différencier assez pour pouvoir reconnaître les genres d'aliénations qu'il convient de rapporter à l'un ou à l'autre article.

Nous n'avons pas à faire ici la classification des droits susceptibles d'être démembrés de la pleine propriété, et nous ne rappellerons pas l'énumération tripartite qu'en fait la doctrine qui distingue le droit d'user de celui de jouir et de transformer : quoique complète, elle ne nous servirait point dans la question que nous voulons traiter en ce moment. Pour nous, au contraire, il y aura deux espèces d'aliénations, totales ou partielles (peu importe, car notre division ne se confond pas avec la précédente) :

1° Les unes ont pour but et pour conséquence de faire sortir définitivement du patrimoine de l'héritier ou de la succession l'immeuble sur lequel elles portent ; en d'autres termes, de le transmettre à ce qu'on appelle généralement un *tiers acquéreur* ; telles sont les aliénations du droit de propriété *sensu stricto*, d'usufruit, de servitudes réelles, et même d'emphytéose et de superficie (pour ceux qui reconnaissent encore aujourd'hui l'existence de ces démembrements). Celles-ci constituent toujours une cession de droits réels, et sont évidemment permises par le Code qui, dans l'article 880, ne distingue pas si l'aliénation est partielle ou totale : qui peut le plus peut le moins.

2° Les autres, tout en dessaisissant l'aliénateur de la propriété partielle et démembrée des biens, n'ont pas pour but de l'en priver d'une manière définitive ou irrévocable, parce qu'elles n'ont eu lieu qu'au profit de *tiers créanciers*, auxquelles elles ont dû servir de sûretés pour la conservation de leurs droits contre l'aliénateur ; comme par exemple les constitutions d'hypothèques, de privilèges, de gages et d'antichrèses. Ce sont bien là encore des droits réels, mais leur existence n'empêche pas les biens de rester dans le patrimoine de la succession, quoique grevés d'une charge au profit de tiers. Toutefois les actes qui auraient pour objet de créer de semblables démembrements ne sont pas autorisés dans notre matière, ou du moins ils ne le sont qu'à condition de ne pas préjudicier au droit de préférence résultant de la séparation ; puisqu'en engageant les biens de la

succession à la sûreté de ses propres dettes, l'héritier n'a pu que transférer un droit restreint sur des biens déjà tacitement engagés au payement des biens de la succession. On devra donc ranger dans cette catégorie tous les droits qui ont pour conséquence de mettre en rapport les créanciers de l'héritier avec ceux de la succession, droits que la loi a toujours dû frapper d'inefficacité à l'égard de ces derniers.

3° Enfin il existe une troisième catégorie d'actes qui ne sont plus des aliénations de droits réels, dans le sens légal et ordinaire de ces expressions, mais des *aliénations de possession*; aliénations n'investissant l'acquéreur que d'une possession dépourvue de tout caractère juridique (c'est-à-dire incapable de conduire jamais à la pleine propriété) et ne conférant qu'un droit temporaire ou précaire. Ces aliénations, qui ne sont jamais faites au profit des créanciers, ni dans le but de garantir les dettes de l'héritier, comprennent les louages, prêts, dépôts, séquestres, etc.

La solution à donner ici à la question ne peut s'induire des considérations qui nous ont guidé dans les deux cas précédents. En effet, à ne considérer que leurs effets bien moins étendus que ceux des actes de disposition et tout à fait en dehors des rapports de préférence et de priorité entre les divers créanciers dont ils ne viennent jamais troubler l'ordre, on pourrait penser que ces actes seront opposables aux créanciers qui exercent la séparation [1]. Et cependant d'un autre côté, en présence de cette séparation des patrimoines qui vient frapper tous les biens compris dans la succession, il semble impossible, absurde même de soutenir qu'elle devrait céder le pas à l'acte de l'héritier qui a été impuissant, lui, à faire sortir du patrimoine du défunt le bien objet de l'opération juridique. Nous préférerons donc cette seconde manière de voir, et nous déciderons en thèse générale que les aliénations de possession ne seront point opposables aux droits des créanciers de la succession.

89. Ces notions sommaires étant posées, il nous reste à entrer dans les détails que comporte chaque nature d'actes. Pourtant nous n'aurons à examiner ici aucun des actes de l'héritier, qui rentrent dans la deuxième catégorie, parce qu'ils font naître une foule de questions qui se rattachent plus particulièrement

[1] V. pourtant ce que nous disons *in fine*, n° 95.

aux droits de préférence entre les diverses classes de créanciers qui font valoir leurs prétentions sur les biens de la succession : matière que nous aurons à étudier en traitant des *effets de la séparation entre créanciers* (nos 135 et suiv.). Il ne nous reste à voir que les aliénations de propriété pleine ou démembrée, faites au profit de tiers acquéreurs non créanciers, et les aliénations de possession dans le sens restreint que nous avons donné plus haut à cette expression.

Les solutions que nous allons proposer ici sont peut-être plus juridiques que réellement avantageuses au régime de la propriété foncière; et nous doutons qu'elles reçoivent jamais dans la pratique une sanction conforme : beaucoup de tribunaux reculeraient certainement devant cette rigueur; mais, nous ne craignons pas de le dire, elles ne sont que la conséquence la plus directe des principes reconnus et proclamés par la majorité des auteurs (qui, toutefois, n'ont pas poussé si loin leurs recherches sur ces questions délicates); et ces principes tendent à présenter la faculté d'aliéner, permise par l'article 880, comme parfaitement compatible avec la prohibition d'hypothéquer, édictée par l'article 2111. C'est donc à concilier ces deux dispositions que seront surtout consacrés les développements qui vont suivre.

Nous devons prévenir que ces solutions eussent été toutes autres, si, comme l'avait voulu le projet de réforme du titre *Des priviléges et hypothèques* discuté par l'Assemblée législative en 1851, l'héritier eût été constitué, par suite de la *demande* en séparation, ou même sans la *demande*, et pendant les six mois accordés à la prise d'inscription, dans un état d'incapacité absolue de disposer. Cette idée, qui est celle de M. Blondeau, fut insérée dans l'article 2116 du projet du Gouvernement, mais ne passa pas dans le projet voté et adopté par l'Assemblée en seconde lecture, ainsi qu'on peut le voir par les termes du nouvel article 2147 correspondant à celui du projet du Gouvernement[1].

A. Des aliénations de propriété.

90. La vente et l'échange se présentent naturellement comme les modes d'aliénation les plus ordinaires et les plus énergi-

[1] V. là-dessus le *Moniteur universel* de 1851, p. 536.

ques : l'objet vendu, comme l'objet échangé, sortis tous deux du patrimoine de la succession, sont donc désormais soustraits à la séparation. Mais les intérêts des créanciers ne sont pas irrévocablement lésés, toutes les fois qu'à la place du bien sorti il reste un droit qui, en vertu d'une subrogation réelle, est venu s'y substituer dans le patrimoine du défunt. Ainsi, dans une vente à réméré, l'exercice du rachat, qui appartient tout aussi bien au créancier du défunt qu'à l'héritier ou à ses ayants cause, fait rentrer dans la succession le bien que ce dernier en avait distrait; et la séparation peut ensuite s'y appliquer, comme si la chose n'avait jamais cessé de faire partie de la masse héréditaire. Ici la séparation porte sur le droit, beaucoup plus que sur l'objet même, et ce droit, en vertu de la subrogation, a pu se substituer à l'immeuble aliéné; nous en dirons autant de l'hypothèse d'une vente simple, lorsque le prix n'a pas été payé.

Mais tout ceci a déjà fait l'objet du chapitre II (n° 65 *bis*) et ne doit trouver place ici que pour montrer qu'on ne porte pas pour cela atteinte au principe énoncé plus haut, et en vertu duquel les créanciers doivent rester désarmés contre toute aliénation opérée de bonne foi de la part de l'héritier.

91. La vente de droits successifs fait pourtant exception : la loi 2, *De separat.*, décidait, il est vrai, qu'elle restait opposable aux créanciers du défunt, et c'est encore l'opinion de M. Delvincourt [1]; mais cette solution n'est plus possible, sous l'empire des idées modernes, qui ont donné à une semblable vente une sorte d'effet dévolutif du titre d'héritier; ce que le principe romain : *semel hæres semper hæres*, n'aurait pas souffert. L'acquéreur d'une succession est héritier au lieu et place de l'héritier du sang : il peut réclamer les mêmes droits, sauf la restriction résultant de l'article 841; il est aussi soumis aux mêmes charges, comme le suppose bien l'article 1698, en obligeant l'acquéreur à « rembourser au vendeur ce que celui-ci a payé « pour les dettes et charges de la succession, » lors même que le vendeur en eût été créancier. Si donc il est tenu des dettes, il faut admettre que la séparation doit pouvoir atteindre les biens successoraux dans ses mains, comme dans celles du véritable héritier; et c'est aussi ce qu'a décidé, avec beaucoup

[1] Tome II, note 5 de la page 58.

de raison, la Cour de Lyon, dans un arrêt encore récent[1].

91 *bis*. *Quid* de la prescription acquisitive ou extinctive, accomplie au profit des tiers sur un immeuble héréditaire? Éteint-elle le droit de séparation, si l'héritier l'a laissée se consommer, sans faire les actes interruptifs nécessaires? Nous devons encore décider affirmativement, comme pour toute autre aliénation. A la vérité, la prescription acquisitive consolide la propriété telle qu'elle a été possédée *ab initio*, et par suite ne la dégage pas des servitudes et hypothèques qui la grevaient au su de l'acquéreur; mais le droit inscrit de séparation n'est pas une véritable hypothèque, et l'inscription n'a pas d'effet contre les tiers, d'où il est facile de conclure que la prescription aussi éteint d'une manière absolue le droit de séparation, sans que les créanciers de la succession aient aucun moyen de se faire restituer contre ses effets.

92. Les aliénations à titre gratuit sont régies par les mêmes principes que les aliénations à titre onéreux. Sont-elles à titre particulier, les créanciers chirographaires ne pourront avoir de recours contre les tiers acquéreurs; sont-elles au contraire à titre universel, comme l'acquéreur en pareil cas est tenu des dettes et charges dans la proportion de son émolument, tout comme dans l'hypothèse d'une cession de droits successoraux, les créanciers ne souffriront pas de ces genres d'aliénation.

93. Mais dans l'un et l'autre cas, il reste une voie ouverte à ces créanciers, voie infiniment plus efficace contre les aliénations à titre gratuit que contre celles à titre onéreux, et qui sera pour ainsi dire le préliminaire de la séparation, à laquelle elle ouvrira la voie : nous avons nommé la voie révocatoire de l'action Paulienne.

Dans les aliénations à titre onéreux, soit que l'héritier n'ait opéré qu'une aliénation fictive au profit de personnes interposées qui le laisseraient propriétaire réel de la chose, soit qu'il ait délégué le prix de l'aliénation à quelques-uns de ses créanciers personnels, soit qu'il ait dissimulé tout ou partie du prix dans l'acte d'aliénation, etc., les créanciers, s'ils veulent faire révoquer tous ces actes, doivent établir que l'acquéreur a participé à la fraude, ou au moins qu'il en a eu connaissance[2] :

[1] Lyon, 17 novembre 1850 (S., 1851, II, 315).
[2] C. N., art. 1167.

concours de circonstances dont il sera la plupart du temps bien difficile d'administrer la preuve.

Pour les aliénations à titre gratuit au contraire, la bonne foi de l'acquéreur serait bien inutile : car, en soutenant la validité de l'aliénation, il n'aurait à opposer aux créanciers du défunt, que l'intérêt qu'il a de ne pas perdre un bénéfice ; *certat de lucro captando*, tandis que ceux-ci ne cherchent qu'à éviter un préjudice : *certant de damno vitando*. Cette différence de positions ne peut donner gain de cause aux acquéreurs, et les créanciers, en prouvant le préjudice et la fraude de l'héritier, n'ont plus rien à établir ; la bonne foi de l'acquéreur ne pourra servir qu'à une chose, à les empêcher de restituer les fruits et intérêts qu'ils ont retirés du bien aliéné[1].

94. Les règles que nous venons d'exposer, doivent être applicables aux constitutions de servitudes réelles ou personnelles, telles que les services fonciers, l'emphytéose, la superficie, l'usufruit sur des immeubles de la succession. Sans doute aucun texte et malheureusement aucun monument de jurisprudence, ne peuvent être invoqués à l'appui de cette proposition, mais nous nous croyons en droit de l'avancer, sur l'exposé des principes que nous avons présentés comme devant régir cette matière. Car, si l'immeuble n'est pas sorti du patrimoine de la succession, et s'il n'a pas été par là soustrait à la séparation, il s'en est pourtant détaché une partie ; le droit réel que nous qualifions, servitude, emphytéose, superficie, etc., la loi n'avait nul besoin de le frapper de la même prohibition que les constitutions d'hypothèque dans l'article 2111, parce que son existence n'empêche en aucune façon l'exercice du droit de préférence résultant de la séparation, et que les deux droits peuvent en un mot marcher de front, côte à côte. On pourrait nous objecter, en rétorquant contre nous l'argument invoqué quelquefois pour justifier l'apparente incohérence des deux articles 880 et 2111, que l'héritier n'a pu aliéner qu'un bien déjà grevé d'un privilége, au profit des créanciers de la succession ; que par suite, l'usufruitier, l'emphytéote, etc., doivent subir la préférence de ceux-là. Mais nous répondrons toujours que l'on ne peut se prévaloir de cette espèce de gage tacite au profit de toute la classe de créanciers, que lorsqu'il s'agit de régler les

[1] Art. 549.

rapports de ces créanciers avec ceux de l'héritier; qu'il doit donc en être ainsi, quand les créanciers de la succession seront en présence de créanciers hypothécaires de l'héritier; mais que d'autres considérations doivent présider aux règlements des droits des créanciers successoraux en conflit avec des tiers acquéreurs; et l'usufruitier, l'usager, l'emphytéote etc., ne peuvent être autre chose : du moins jamais personne, à notre connaissance, ne s'est avisé de les regarder comme des créanciers.

B. Des aliénations de possession.

95. Déjà nous avons indiqué la valeur que nous voulons attacher ici à l'expression d'*aliénation*, qui ne doit s'entendre que des droits toujours temporaires, et au profit de toute autre personne que des créanciers. C'est dire assez que ces droits parmi lesquels nous rangerons le louage, le prêt, le dépôt, etc., ne feront jamais obstacle à la séparation des patrimoines, et que les créanciers pourront comprendre dans leur poursuite les biens qui en font l'objet, comme s'ils étaient déjà rentrés dans le patrimoine de la succession. Mais ils n'auraient point le pouvoir de réclamer aux tiers la chose avant l'époque où l'héritier lui-même aurait pu le faire : dans ce sens-là, il est encore bon de dire que ces aliénations, sans empêcher la séparation (puisqu'elles ne sont jamais indéfinies dans leurs effets) y apportent une certaine entrave, et sont par suite opposables aux créanciers du défunt, tout comme les aliénations définitives de la propriété pleine ou démembrée.

96. Cette solution, moins sûre peut-être aux yeux de certaines personnes pour le prêt de consommation ou le prêt à usage, ne doit laisser aucun doute pour le louage des choses : car, sans examiner ici si le droit du preneur a ou non le caractère de réalité que l'on s'est plu à lui assigner [1], en admettant que ce preneur ne saurait opposer son droit comme dérivant de la faculté de disposer exercée par l'héritier, il est certain qu'il peut le faire comme dérivant de la faculté d'administrer. C'est ce qui arriverait encore pour le prêt à intérêt qui a toujours été considéré comme un acte d'administration :

[1] Entre autres M. Troplong, *Du contrat de louage*, nos 5 à 12.

à telle enseigne qu'il se trouve même imposé à certains mandataires légaux [1].

Pour les personnes qui n'accorderaient pas à l'héritier la libre disposition des biens de la succession, le bail passé par ce dernier ne pourra excéder la période novennale dans laquelle on se trouve au moment où les créanciers requièrent la séparation [2]. Pour celles au contraire qui partagent notre manière de voir, le bail pourra avoir une durée plus longue pourvu qu'il ne soit pas perpétuel [3].

Toutefois la loi du 23 mars 1855 est venue apporter un changement à cet ordre de choses pour les baux des immeubles. En disant [4] que *les baux qui n'ont pas été transcrits ne peuvent être opposés aux tiers* (c'est-à-dire aux créanciers de la succession, dans notre matière), *pour une durée de plus de dix-huit années*, elle a virtuellement frappé d'inefficacité à l'égard de ces derniers, pour le surplus du temps légal, les baux d'une plus longue durée qui n'auraient pas été transcrits ou qui ne l'auraient été qu'ultérieurement à l'inscription prise par les créanciers, en vertu de l'article 2111. Mais les mêmes créanciers ne pourraient invoquer le bénéfice du délai accordé par le deuxième alinéa de cet article, et soutenir que toute transcription d'acte, faite pendant cet intervalle et même postérieurement à leur inscription, mais pendant les six premiers mois écoulés depuis l'ouverture de la succession, ne peut avoir aucun effet; car ce délai de faveur n'existe qu'à l'encontre des créanciers de l'héritier, et pour les inscriptions hypothécaires seulement : les termes de l'article qui parle d'*inscription* et nullement de *transcription*, sont trop formels pour se prêter à aucune extension de ce genre.

Mais la nouvelle loi laisse intacte notre décision, quant aux baux des meubles : il suffit qu'ils aient date certaine antérieurement à l'acte d'exécution par lequel le créancier prélude à l'exercice de son droit de séparation.

97. Cette dernière observation est du reste générale, et s'applique évidemment à tous les actes d'aliénation consom-

[1] V. notamment C. N., art. 455, 1065 à 1067.

[2] C. N., art. 1718.

[3] C. N., art. 1709. Il en était autrement en Droit romain : voyez Gaius, III, 145, et Const. 10, C., *De loc. cond.*

[4] L. du 23 mars 1855, art. 3.

més par l'héritier. Seulement pour les immeubles, cette date certaine ne résultera, aux yeux des créanciers, que de la transcription faite par l'acquéreur de son droit antérieurement à l'inscription du créancier, lorsque ce droit est de la nature de ceux que la nouvelle loi précitée a assujettis à cette formalité [1].

§ 4. — *De la prescription.*

98. On a pu voir, aux n°s 21 et 33, combien la prescription dont la loi romaine avait frappé le droit de séparation, avait soulevé de controverses dans l'ancienne jurisprudence. Un auteur de cette époque, Raviot, dans ses *Annotations sur Périer* [2] rapporte qu'en Bourgogne, où l'on suivait le droit écrit, on distinguait entre les meubles et les immeubles, en adoptant le délai de cinq ans pour les premiers, au moins lorsqu'ils n'avaient point encore été enlevés ou confondus avec ceux de l'héritier avant ce laps de temps; mais en le rejetant pour les immeubles, à l'égard desquels la séparation subsistait toujours « *nisi rebus integris.* » Cette distinction est consacrée par le Code, dans l'article 880, qui s'est contenté de substituer au delai de cinq ans celui de trois années : terme qui paraît avoir été le résultat d'une idée arrêtée en principe, dans l'esprit des rédacteurs, pour tous les droits touchant la propriété mobilière, puisque nous le retrouvons dans l'article 809 et dans l'article 2279, al. 2.

99. Le motif qui a dicté cette limitation est bien naturel : les meubles étant susceptibles d'un déplacement facile et fréquent, il devient impossible, au bout d'un certain temps, de déterminer leur identité et leur origine; ce qui met les créanciers hors d'état d'établir que le mobilier provenait de la succession.

La prescription de l'article 880 est d'ordre public, et le créancier ne pourrait se faire restituer contre ses effets, quand même il alléguerait et prouverait qu'il n'a eu qu'une connaissance tardive de l'ouverture de la succession, ou que l'héritier n'a accepté que longtemps après la mort du *de cujus;* quand même sa créance ne serait exigible que depuis peu de temps,

[1] V. la liste complète de ces actes dans l'article 1er de la loi.
[2] *Arrests notables du parl. de Dijon*, quest. 291, observ. VIII.

ou ne le serait pas encore à l'expiration du délai des trois années : car nous verrons (nos 105 et suivants), qu'il a toujours entre les mains les moyens conservatoires nécessaires pour interrompre cette prescription.

100. Le délai de trois ans est même abrégé, lorsque l'héritier a aliéné ou confondu les meubles successoraux avec les siens propres : sans doute la rédaction de l'article semble réserver ce mode de déchéance aux immeubles seulement; mais nous voyons dans le même Raviot, *loco modo cit.*, qu'il en était déjà ainsi sous l'empire de la coutume de Bourgogne; et d'ailleurs il y a plus forte raison d'appliquer la même décision aux meubles, eux qui ne sont pas même susceptibles de droit de suite.

101. A partir de quelle époque court cette prescription? Ce doit être évidemment à compter du jour même de l'ouverture de la succession; car il est de principe que la prescription commence à courir dès que l'action peut être exercée; et elle pourra l'être du moment que l'héritier sera saisi et qu'il pourra en cette qualité être l'objet des poursuites des créanciers. Sans doute la loi lui accorde un délai pour prendre qualité [1]; mais l'exception dilatoire qu'il peut opposer à toute demande prématurée n'empêche pas cette action d'avoir tous les effets qu'il importe le plus au créancier de produire : c'est-à-dire les effets conservatoires de ses droits, l'interruption de prescription entre autres. « Ainsi, dit Boitard dans ses excellentes *Leçons* « *sur le Code de procédure* [2], les demandes seront sans doute « valablement formées contre le successible, quoiqu'il n'ait pas « encore accepté, et par cela seul qu'il n'a pas renoncé, mais « ces demandes ne peuvent conduire à aucune condamnation « contre lui, parce qu'il n'est pas tenu de prendre encore qua- « lité.....; même avant l'expiration des délais pour faire inven- « taire et délibérer, même avant d'avoir pris qualité, le suc- « cessible, l'héritier, car il l'est tant qu'il n'a pas renoncé, « l'héritier a titre et qualité pour recevoir les assignations don- « nées par des tiers contre la succession. »

MM. Aubry et Rau [3] sont, à notre connaissance, les seuls auteurs qui contestent cette doctrine, adoptée au surplus formel-

[1] C. N., art. 797.
[2] T. I, n° 454, sur l'article 174.
[3] *Op. cit.*, § 61, texte et note 28.

lement par la Cour de cassation elle-même [1]. Fidèles aux principes du Droit romain [2], pour eux la prescription n'a son point de départ qu'à l'adition d'hérédité, et ils croient justifier leur manière de voir par cette considération que la loi, en constituant cette prescription, n'a eu en vue qu'une confusion de fait, laquelle ne saurait résulter que d'une acceptation de la part de l'héritier et non de la saisine qui n'engendre qu'une confusion de droit.

Tout cela serait vrai, si l'acceptation résultait toujours nécessairement d'une volonté formellement exprimée; au contraire, elle est bien souvent tacite, et la confusion de fait, en précédant une manifestation de volonté de la part de l'héritier, ne fait que l'entraîner en rendant toute renonciation impossible. Or cette confusion peut se produire dès la mort du *de cujus;* dès lors le créancier qui a intérêt à l'éviter, doit pouvoir agir à partir de cet instant, qui devient aussi le point de départ de la prescription. Remarquez d'ailleurs qu'il ne pouvait entrer dans les vues des législateurs de subordonner ce point de départ à un événement qui n'est circonscrit dans aucun délai fixe et que plusieurs circonstances peuvent retarder, sans compter qu'il doit remonter par ses effets au jour de l'ouverture de la succession [3].

102. Quant aux immeubles, aucun délai n'est fixé par le Code; le droit à la séparation n'est donc limité dans son exercice que par la force des choses : l'aliénation des biens ou leur confusion. Sauf cette restriction, les créanciers conservent la faculté d'opposer la séparation aussi longtemps que leur créance elle-même n'est pas prescrite; car la séparation des patrimoines est un droit accessoire protecteur du droit principal, de la créance dont il doit assurer le payement sur l'actif de la succession.

103. Les principes ci-dessus exposés sont en tout applicables au cas où la séparation ne s'adresse plus qu'au prix des biens héréditaires aliénés par l'héritier; et nous ne pouvons souscrire à l'opinion de M. Duranton [4], qui, ne voyant dans le prix que sa nature physique et non sa qualité représentative (nos 69

[1] Cass., 9 avril 1810 (S., *Coll. nouv.*, 3, I, 171).
[2] L. 1, § 13, D., *De separ.*
[3] C. N., art. 777.
[4] VII, 490, *in fine.*

et suiv.), et méconnaissant ainsi complétement les effets de la subrogation réelle, applique ici la prescription de trois ans comme aux autres choses mobilières. Autant vaudrait dire, en s'armant du texte de l'article 2119, que l'hypothèque ne pourra frapper le prix des immeubles dû par les tiers acquéreurs; et comme il s'agit, dans notre matière, d'un droit de préférence qui porte sur l'hérédité entière considérée comme universalité juridique, il y aura nécessairement lieu à l'application de la maxime : *in judiciis universalibus, pretium succedit loco rei*, etc.

F. DOLLINGER.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

QUESTIONS DE DROIT PUBLIC ET DE DROIT CIVIL AU MOYEN ÂGE.

LE SONGE DU VERGIER.

RECHERCHES SUR L'AUTEUR DE CET OUVRAGE CÉLÈBRE.

Par M. Léopold Marcel (de Louviers), notaire honoraire.

PREMIER ARTICLE.

L'ouvrage qui fait l'objet de cette étude, composé par ordre du roi de France Charles V, traite principalement des deux puissances ecclésiastique et séculière. Cet ouvrage, écrit presque en même temps en latin et en français, est connu sous le double titre de SOMNIUM VIRIDARII et de SONGE DU VERGIER. Il a produit dès son apparition une vive lumière qui s'est répandue sur les âges suivants. Aussi voyons-nous cette composition célébrée dans le XVIe siècle par Gui Coquille, Duverdier, notre grand jurisconsulte Charles Dumoulin; dans le XVIIe, par Étienne Pasquier, Jacques Leschassier, Jean Savaron, les frères de sainte Marthe, l'historien Mézeray et plusieurs autres défenseurs des droits de la royauté. Le Songe du Vergier a trouvé dans le siècle dernier de nouveaux apologistes : d'Aguesseau, l'abbé Lenglet, Dufresnoy, La Monnoye, l'académicien Claude Lancelot, les jurisconsultes Jean-Louis Brunet et Durand de

Maillane, l'académicien Camus. Cette composition était à peu près oubliée des générations de nos jours, trop peu soucieuses peut-être d'un passé qu'elles ne craignent pas de voir revivre, lorsque trois hommes éminents dans les sciences et les lettres, M. Dupin aîné, M. Paulin Paris et M. Édouard Laboulaye, tous trois aujourd'hui membres de l'Institut ont rappelé l'attention publique sur ce curieux document de nos libertés gallicanes. M. Dupin, dans ses *Notices historiques et bibliographiques* (p. 34 et suiv.), a consacré un article spécial à « cet ouvrage profond « qui a le mieux exposé et développé les principes de la ma- « tière. » M. Paris s'est livré à de profondes recherches, il a mis en œuvre tout ce qu'on lui sait d'érudition et de sagacité pour pénétrer et révéler le mystère qui cache le nom de l'auteur de « cette composition remarquable, de ce livre si bien « écrit, si fortement raisonné et l'un des plus spirituels..... » (*Mémoires de l'Acad. des inscript.*, t. XV, prem. part. et *Manuscrits français de la bibliothèque du Roi*, t. IV.) L'Académie des inscriptions a couronné un travail de M. Laboulaye qui proclame en termes magnifiques le mérite de l'ouvrage. « Le Songe « du Vergier, dit M. Laboulaye (*Recueil de législation*, t. III, « 2e série, p. 1.), dont peut-être plusieurs de nos lecteurs ne « connaissent pas même le nom, fut jadis tenu en grande véné- « ration par nos pères. C'était pour nos aïeux l'ouvrage qui « résumait le plus complétement les idées de l'époque sur cette « question de l'indépendance des deux pouvoirs qui fut la grande « question du moyen âge. C'était l'arsenal où nos ancêtres « puisaient à pleines mains pour défendre les franchises dont « ils étaient si fiers, ce livre d'or, comme ils le nommaient..... « traduit en latin, imité en anglais [1]..... Ce succès dura quatre « cents ans..... mais par un retour subit, à tant de célébrité a « succédé un oubli profond. Une fois la lutte terminée et l'in- « dépendance mutuelle des deux pouvoirs reconnue par les « papes et les rois, il n'a plus été question de ces vieux instru- « ments de guerre qui pourtant méritaient bien un souvenir ne « fût-ce que pour avoir décidé la paix..... Ainsi les livres ont « leur destinée, le poëte peut espérer pour ses chants un vaste

[1] *A Dialogue between a Knight and a Clerck concerning the power spiritual and temporal.* Quoiqué attribué à Ockam, ce livre n'est évidemment qu'une traduction des premiers chapitres du *Songe du Vergier*. (Note de M. Laboulaye.)

« avenir [1], le politique et le jurisconsulte ne se permettent « point un aussi long espoir. Dès qu'ils ont fait triompher une « idée juste, cette idée, la gloire et le labeur de leur vie, devient « à l'instant même le patrimoine commun de tous, et l'inven- « teur est oublié. Les générations nouvelles, riches et heureuses « de ces découvertes de la science, se contentent d'honorer de « loin la mémoire de ces philosophes pratiques, sans étudier « dans les œuvres de ces grands hommes ce qu'il a fallu de ta- « lent et de courage pour fonder les libertés du genre humain. »

Plus récemment M. Géruzez a rendu hommage au livre qui nous occupe : « Le Songe du Vergier » dit cet écrivain, « demeure comme un monument de la pensée royale sur « la limite toujours litigieuse des deux pouvoirs. C'est une « œuvre de dialectique, d'érudition et de politique où les ar- « guments sur lesquels se fondent les prétentions du saint- « siége à la souveraineté absolue sont discutés et réfutés. » (*Histoire de la littér. franç.*, t. I, p. 213 [2].)

Il semble que, pour préparer le lecteur à comprendre toute la portée du livre dont j'ai à l'entretenir, je devrais exposer ici les entreprises de la papauté sur le pouvoir des princes séculiers. Les prétentions du saint-siége étaient telles que la royauté n'aurait peut-être pas pu se constituer sans la résistance tout à la fois ferme et révérencieuse de saint Louis, sans l'ardente opposition de son petit-fils Philippe le Bel [3],

[1] Le premier des astronomes modernes, le marquis de la Place, semble déplorer le sort qui attend la gloire de ses admirables découvertes : « Il n'en « est pas des sciences comme de la littérature. Celle-ci a ses limites qu'un « homme de génie peut atteindre, lorsqu'il emploie une langue perfectionnée. « On le lit avec le même intérêt dans tous les âges ; et sa réputation, loin « de s'affaiblir par le temps, s'augmente par les vains efforts de ceux qui « cherchent à l'égaler. Les sciences, au contraire, sans bornes comme la « nature, s'accroissent à l'infini par les travaux des générations succes- « sives, etc. » (*Précis de l'histoire de l'astronomie*, Paris, veuve Courcier, 1821, in-8°, p. 122.) Le commun des hommes n'admet pas l'idée de M. de Laplace et de M. Laboulaye ; il croit les poëtes, les orateurs, les peintres et les sculpteurs de nos jours bien supérieurs à ceux qui les ont précédés. Cette erreur doit-elle surprendre quand on a tant parlé de la perfectibilité humaine ?

[2] Je dois la connaissance de ce passage à M. Édouard Frère, membre de l'académie de Rouen, savant bibliographe.

[3] L'opposition de Philippe le Bel fut poussée jusqu'à l'outrage. Tout le

sans la lutte incessante des rois leurs successeurs et des grands corps de l'État. On peut se rendre compte de l'énormité de ces prétentions en compulsant les recueils que nous possédons sur les libertés de l'Église gallicane. Mais si je voulais rappeler ces anciennes querelles, il faudrait en même temps prémunir le lecteur contre des préoccupations puisées dans les idées qui ont prévalu depuis plus de trois siècles. Quand la papauté aspirait à la suprématie, elle s'appuyait sur le sentiment religieux qui était, à peu de chose près, le seul élément social. L'Église opposait les connaissances du clergé à l'ignorance des chevaliers et des bourgeois; nourrie des maximes de l'Évangile, elle protégeait les faibles contre les forts; la mansuétude de sa juridiction contrastait avec les rigueurs de la justice royale. Il est aisé de s'expliquer comment, avec de tels avantages, l'une des deux puissances a pu concevoir la pensée d'absorber l'autre. Aujourd'hui que « la paix » est faite, le mieux n'est-il pas d'oublier les torts de la papauté pour ne se rappeler que les bienfaits qu'elle a répandus dans le monde? Les circonstances actuelles justifient la réserve que je m'impose. Quelque insignifiante que soit ma parole, je ne veux pas qu'on la suppose complice des passions hostiles au saint-siége. C'est au contraire de grand cœur que je m'abstiens de souvenirs irritants, quand je vois suspendue sur la tête vénérable de Pie IX l'urne transparente hérissée de fer, qui a la vertu de déposséder les États de leur nom et de les transmettre d'un souverain à un autre. Qu'il y ait des imperfections dans le gouvernement pontifical, qui pourrait le contester? Mais il faut que la question soit nettement posée. C'est la vieille unité de l'Église catholique qu'on veut sacrifier à la chimère de l'*unitarisme* italien. L'ambition du Piémont, escortée de la Révolution, appuyée par la passion religieuse et l'intérêt politique de l'Angleterre, parviendra-t-elle à briser la tiare, comme elle a brisé la couronne si noblement défendue à Gaëte? Mais le temps a sa puissance, et il est malaisé de croire que l'œuvre des siècles s'effacerait même devant les *faits accomplis*, cette appellation nouvelle de la fatalité païenne. J'ai foi à la parole

monde connaît la réponse qu'il fit en 1303 au pape Boniface VIII : « Philippus Dei gratia Francorum rex Bonifacio se gerenti pro summo pontifice, salutem modicam sive nullam. Sciat tua maxima fatuitas in temporalibus nos alicui non subesse. »

éminente qui a prononcé cette sentence : « Pour l'honneur et « la sûreté du monde chrétien, il faut que le gouvernement des « États romains soit réformé sans que la papauté soit frappée[1]. » (Guizot, *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, t. IV, p. 208.)

Tout ce qui touche au Songe du Vergier est enveloppé d'obscurités. « On sait, » disent les auteurs des *Maximes du droit public français* (t. I, p. 366, en note), « que l'édition latine de « ce livre est plus ample que l'édition française[2]; les deux ou- « vrages sont différents pour le nombre et pour l'arrangement « des chapitres; dans le français le premier livre a cent « quatre-vingt-six chapitres, il y en a cent quatre-vingt-neuf « dans le latin. Le second livre dans le français a deux cent « quatre-vingt-deux chapitres, et le dernier est employé à « établir l'immaculée Conception; dans le latin il y a trois cent « soixante-quatre chapitres, et le dernier roule sur une tout « autre matière[3]. On trouve également à la fin de l'un et de « l'autre la dédicace à Charles V. Le latin est-il l'amplification « du français, le français est-il seulement l'abrégé du latin? « C'est une question controversée entre les critiques. Lacroix « du Maine dans sa *Bibliothèque;* Lancelot, *Mémoires de l'Aca- « démie des belles-lettres*, t. XIII, p. 659; de la Monnoye, dans « une lettre mise à la tête de l'édition française dans les « *Preuves des libertés*[4], pensent que le livre a été composé en

[1] Et cette solution émane d'un homme attaché au culte calviniste, qui professe comme une sorte de dogme la haine du pape! *Vir probus et.....* Depuis que ces lignes sont écrites, M. Guizot a développé sa noble idée dans le livre de *l'Église et la société chrétienne*. (Paris, Lévy, 1861, in-8°.)

[2] Le lecteur pourrait croire qu'il n'y a qu'une édition latine et une édition française du Songe du Vergier; on verra plus loin que l'ouvrage a été imprimé plusieurs fois dans l'une et l'autre langue.

[3] L'ouvrage est en forme de dialogue. Les interlocuteurs sont un Clerc (*Clericus*) et un Chevalier (*Miles*). L'un est l'avocat de la *Puissance spirituelle*, l'autre de la *Puissance temporelle*. Chaque question ou proposition soit du Clerc, soit du Chevalier, forme un chapitre; il en est de même de chaque réponse ou réplique de l'un ou de l'autre; aussi y a-t-il des chapitres de deux lignes, tandis que d'autres remplissent plusieurs pages.

[4] La lettre dont on entend parler ici est celle insérée par l'avocat Brunet sous le nom de *la Monnoye*, dans sa *Dissertation sur le Songe du Vergier* (édition de 1731, publiée par Brunet, t. II. — Édit. de 1771, publiée par Durand de Maillane, t. III).

« latin et ensuite traduit en français. » Aux anciennes autorités en faveur de la priorité du texte latin j'ajoute Étienne Pasquier, on lit dans les *Recherches de la France*, livre III, chapitre 16 : « Sous le règne de Charles cinquiesme dit le Sage, fut fait un livre *en latin* plein d'érudition et doctrine appelé le *Songe du Verger*, etc. »

M. Dupin dans ses *Notices historiques*, p. 34 et suiv., incline aussi pour la priorité de la composition latine. Cette opinion, qui n'est guère qu'énoncée dans les ouvrages qu'on vient de citer, est appuyée par M. Paulin Paris d'arguments qui ne paraissent pas susceptibles de réfutation. M. Paris fixe la date de la composition latine au 16 mai 1376, d'après l'*explicit* qu'on trouve à la fin des manuscrits latins, et dont je vais tout à l'heure donner la copie. Cette date paraît incontestable. M. Paris manque d'éléments pour déterminer précisément l'époque à laquelle a été composé le texte français; mais en raison des faits récents qui y sont énoncés, et par des inductions historiques très-lucidement exposées, il croit pouvoir assurer que cet ouvrage fut écrit après le départ d'Avignon et avant la mort du pape Grégoire XI, c'est-à-dire entre le mois de septembre 1376 et le mois de mars 1378 (*Mémoires*, p. 353, et *supra*). M. Édouard Laboulaye (*Rev. de législ.*, p. 6, note) donne la priorité au texte français; mais cette opinion n'étant appuyée d'aucune considération propre à la justifier, on doit s'arrêter à la solution si fortement motivée de M. Paulin Paris.

Je vais indiquer ici, d'après M. Paris (*Mémoires*, p. 349 et 350, et *Manuscrits franç. de la biblioth. du Roi*, t. IV, p. 299 et suiv.), le catalogue des manuscrits latins et français conservés à la bibliothèque Impériale. On y trouve deux manuscrits du texte latin appartenant au fonds Colbert, n°s 3180^C et 3459^A. Tous les deux de la fin du XVe siècle (l'un portant la date précise de 1482) se terminent ainsi : « *Hic est finis quem ille imposuit qui est omn. principiū et finis. Anno Dom. M^ccc^o LXXVI° die XVI maii, qua etiam die illustrissimus princeps Rex Franciæ, duobus annis revolutis, inter agentes in rebus domus suæ et in consiliariū me quamvis indignū motu proprio duxit eligendum. Quia igitur omnipotens Deus me perduxit ad finem hujus operis peroptatum, infinitas benedictionis gratias referro, sicut possum, cui cum Patre et Spiritu Sancto*

est honor et gloria virtus et imperium ab eterno et nunc et per infinita seculorum secula. » Ne perdons pas de vue cet *explicit*, au moyen duquel il a été permis à M. Paris de résoudre une question qui avait été débattue jusqu'à lui, parce que les précédents critiques, au lieu d'avoir recours aux manuscrits, s'étaient contentés de lire les éditions imprimées qui ne contiennent pas cette partie finale du *Somnium Viridarii*. Nous retrouverons ailleurs ce précieux *explicit*, revêtu d'un caractère particulier qui nous aidera, j'espère, à jeter quelque lueur sur une autre question, celle de savoir à qui appartient le *Somnium*.

« La bibliothèque du Roi » (aujourd'hui bibliothèque Impériale) « possède six manuscrits du Songe du Vergier en fran« çais : 1° fonds de Notre-Dame, n° 117, in-folio de la fin du « XV° siècle; 2° fonds de Sorbonne, n° 333, in-quarto de la « même époque ; 3° supplément français, n° 129, in-folio avec « quelques notes marginales, même date ; 4° supplément fran« çais, n° 632 [8], in-quarto un peu plus ancien; 5° fonds de Col« bert, n° 7343 [5], in-quarto de la même date que les premiers; « 6° et enfin le n° 7058 le plus beau, le plus correct et le plus « ancien de tous. Un autre bel exemplaire se trouve encore « dans la précieuse collection de M. Barrois; il ne le cède en « valeur qu'au n° 7058 de la bibliothèque Royale. » (P. Paris, *Mém.*, p. 350, note). Les manuscrits français ne reproduisent pas l'*explicit* des manuscrits latins, circonstance qui confirmerait, si cela était nécessaire, la priorité du texte latin sur le texte français.

Il existe deux éditions du *Somnium Viridarii* et trois éditions du Songe du Vergier.

Texte latin (*Somnium Viridarii*).

1re édition (1516, Galliot-Dupré). — *Aureus* (*de utraque potestate*) *libellus* (*temporali scilicet et spirituali*) *ad hunc usque diem non visus Somnium Viridarii vulgariter nuncupatus : formam tenens dyalogi : ac tamdiu Carolo Quinto Francorum regi dum viveret dedicatus. In quo quidem libello miles et clericus de utraque jurisditione latissime disserentes tanquam advocati introducuntur : et alternatim partes opponentis et respondentis assumentes jucundissime ac fructuosissime de ambarum*

jurisditionum disputant potestate rationes et motiva pro sua quisque parte : tam ex jure pontificio et civili quam etiam ex sacra pagina in medium deducentes : quibus confutare et extirpare desiderant multiplices interprissas (ut si loquar) et abusus in utraque jurisditione quotidie usantes. Cui repertorii annectit alphabeticum precipuas totius libri materias clarissime indicans.

Ensuite est la marque de Galliot du Pré.

Au bas : *Venundantur parisius apud Galliotum du Pre supra pontem beate marie sub intersigno classis auree et in palatio in secundo pilari.*

Ce frontispice est imprimé rouge et noir. Au verso on lit le privilége suivant : Extraict des registres du parlement. — Veue par la court la requeste a elle baillee par Galliot du Pre, marchant libraire de Paris, par laquelle il requeroit defenses estre faictes a tous autres de ne imprimer ou faire imprimer ne vendre de trois ans certain livre traictant de la jurisdition ecclésiastique et temporelle, appelé le Songe du Vergier par le dict Galliot, nouvellement faict imprimer en latin a grans fraiz : Veuz aussi plusieurs arrestz et ordonnances de la dicte court donnez en pareil cas et tout consideré la dicte court a ordonné et ordonne inhibitions et defenses estre faictes a tous libraires imprimeurs et autres quelconques que de deux ans prochainement venans ils ne impriment ou facent imprimer le livre dessusdict et ne en vendent aucun durant ledict temps sil nest imprimé ou faict imprimer par ledict Galliot sur peine de confiscation de livres et amende arbitraire. Fait en Parlement, le XXVII iour de may lan mil cinq cens XVI. — Ainsi signé : A. Robert.

Suit la table contenant sept feuillets. — F° I : *Incipit liber* Somnii Viridarii, *tractans de utraque jurisditione ecclesiastica videlicet et seculari.* — A la fin : *Liber* Somnium Viridarii *cujus utilitas fuscos celebratur ad Indos*[1] *hic finem capit optatum.* — *Impressum autem fuit opus hoc parisius opera et diligentia Jacobi Pouchin sumptibus vero et expensis Galioti du Pre bibliopole super pontem magnum virginis intacte sub intersigno classis auree commorantis.* — *Venales habentur, etc.* — *Cum privilegio.*

[1] Voici une réclame, comme nous dirions aujourd'hui, passablement emphatique ; elle est néanmoins un témoignage de la renommée dont notre ouvrage était en possession.

Ce volume, très-petit in-folio imprimé en caractère gothiques, contient, non compris le frontispice et la table, cent trente-deux feuillets chiffrés. Il n'y a pas de figures[1].

2e édition (publiée par Goldast, 1612). — Le *Somnium Viridarii* a été réimprimé dans le premier volume de la *Monarchia sancti Romani Imperii* de Goldast. Cette réimpression ne présente aucune particularité remarquable. Elle est également sans figures.

Tous ceux qui ont écrit sur la matière qui nous occupe s'accordent à dire que ces éditions latines sont très-fautives. Aussi M. Paulin Paris, laissant de côté les imprimés, a-t-il puisé ses citations du *Somnium Viridarii* dans l'un des manuscrits indiqués plus haut.

Texte français (*Songe du Vergier*).

1re édition (Maillet, 1491). — Au frontispice : *le Songe du Vergier*, — un peu plus bas : *le Songe du Vergier, qui parle de la disputacion du Clero et du Chevalier*. — Au verso du frontispice, une planche représentant Charles V tenant son sceptre. Le roi est assis au milieu de deux femmes qui se tiennent debout, les mains jointes. Celle de droite a pour légende : *c'est la puissance espritueelle*, celle de gauche cette autre légende : *c'est la puissance seculiere*. En face de ce groupe est l'auteur endormi sous un arbre. Le roi et les deux femmes paraissent être sous un dais ou une tente. L'auteur repose au milieu d'un

[1] Camus (*Lettres... et biblioth. choisie*, 3e édit., p. 383; 4e édit., p. 460) parle d'une réimpression du *Somnium Viridarii*, qui aurait été insérée dans le dixième volume du *Recueil des Traités de droit* (Lyon, Renauld, 1544, 12 vol. in-f°). Voici en outre ce que dit Savaron (*Erreurs et impostures de l'Examen du* TRAITÉ DE JEAN SAVARON, etc., Paris, 1616, in-8°, p. 64) : « Le « Songe du Verger (*sic*), imprimé à Paris, chez Galliot du Pré, l'an 1516, et « réimprimé aux Traités des docteurs du droit, avec priviléges du roy « Henry II, de l'an 1548, et de rechef du roi Henry III. » Quelles sont les éditions dont Savaron et Camus ont voulu parler? J'ai interrogé plusieurs savants bibliographes qui n'ont pu m'éclairer à cet égard, ce qui m'oblige à considérer comme la seconde édition la réimpression de Goldast.

M. Brunet (*Manuel du libraire*, article *Songe du Vergier*) et M. Paulin Paris (*Mémoires*, p. 347, en note) ne mentionnent que l'édition de 1516 et l'édition donnée par Goldast. Cependant les indications de Savaron et de Camus sont tellement précises qu'il y aurait lieu de faire à ce sujet de nouvelles recherches.

jardin. — Au premier feuillet du texte : *Cy commence le premier livre intitule le Songe du Vergier du Clerc et du Chevalier*, — A la fin du premier livre ; *Cy fine le premier livre du Songe du Vergier*. — Au commencement du second livre est reproduite la planche ci-dessus décrite ; — à la fin de ce second livre ; *Cy finist le second livre du Songe du Vergier*, — et ensuite : *Cy sensuyt l'excusacion de l'acteur de ce present livre et comme il le presente au Roy. Ecce soporatus sum et exuresci.* A la fin : *Cy finist le Songe du Vergier qui parle de la disputacion du Clerc et du Chevalier. Imprime par Jacques Maillet l'an mil ccco. quatre vintz et onze, le vintiesme iour de mars.*

In-f° goth., 2 col., 127 feuillets, y compris les deux planches. Sans chiffres, réclames ni signatures.

2e édition (S. D. Petit). — Au frontispice : *le Songe du Vergier, lequel parle de la disputacion du Clerc et du Chevalier*. Plus bas, la marque de Jehan Petit. — Au verso, la même planche que dans l'édition de 1491. La planche est reproduite au commencement du second livre. — Au verso du 139e feuillet, une planche qui représente l'auteur offrant son livre au roi. — A la fin du texte du second livre : *A lonneur et à la louenge de nostre Seigneur Jesucrist et de sa tresdigne mere et de toute la cour celestielle de paradis a este fait cestuy livre appelle le Songe du Vergier, qui parle de la disputacion du Clerc et du Chevalier, et imprime a Paris par le Petit Laurens pour venerable homme Jehan Petit, libraire, demourant a Paris en la rue Saint-Jacques, a l'enseigne du Lyon dargent.* — Ensuite une planche sur feuille séparée, qui paraît représenter un homme assis et lisant.

Petit in-f° goth., 2 col., 144 feuillets non chiffrés, y compris le frontispice et la dernière planche. Signature de A. à Y., plus deux cahiers signés de caractères que je ne saurais désigner. Cette édition S. D. a été publiée vers 1500 [1].

[1] Il y a des exemplaires de cette même édition dont la suscription porte, au lieu du nom et de l'adresse de Jehan Petit, Jehan Alisot, libraire, demourant à Angier. (Brunet, *Man. du libr.*, article *Songe du Vergier*.)

L'avocat Brunet, dans sa *Dissertation* (Durand de Maillane, p. 508) cite, d'après du Verdier, une édition de J. Petit avec la date de 1603. Il y a évidemment une erreur d'impression, et il faut lire 1503. Et encore cette date est-elle douteuse, car l'édition n'étant pas datée, on ne voit pas comment du Verdier a pu indiquer le millésime d'une manière aussi précise. Voir le *Manuel du libraire*, article *Songe du Vergier*.

3e édition (publiée par Brunet, 1731). — Le texte de l'édition de 1491 a été réimprimée dans le tome II des *Traités de droit et libertés de l'Église gallicane*, publiés en 1731, in-f° (par Jean Louis Brunet, avocat). Au commencement est une planche copiée sur celle de l'édition de 1491. — Le titre : *le Songe du Vergier, qui parle*, etc..., l'indication finale : *cy finist*, etc..., *imprimé par Jacques Maillet*, etc..., sont conformes à cette même édition.

Cette réimpression contient cent cinquante-trois pages, y compris le titre et la planche. Le texte commence à la page 3.

On voit, par la nomenclature qui précède, que les deux éditions anciennes du texte français ont précédé la première édition du texte latin. Ceci peut s'expliquer facilement en ce qu'à la fin du XVe siècle, c'est-à-dire plus de cent ans après la composition de l'ouvrage, on ne s'occupait plus guère que du texte français qui, bien que moins étendu, est en réalité plus riche de faits et d'idées. Il est assez probable que les éditions du texte latin n'ont été publiées que pour répandre l'ouvrage dans les pays étrangers, où il jouissait d'une grande considération, *cujus utilitas fuscos celebratur ad Indos*. Quoi qu'il en soit, cette antériorité des éditions françaises a pu induire en erreur le petit nombre de critiques qui, faute d'un examen approfondi, ont accordé à la composition française la priorité sur la composition latine.

Quelques lecteurs pourront me reprocher l'étendue de ces détails; mais dans ces sortes de recherches, l'exactitude des dates et la précision des circonstances, en apparence les moins importantes, peuvent aider à la découverte de la vérité. Je suis convaincu que, si jamais ces études sont reprises pour confirmer ou pour combattre mon opinion sur l'attribution du Songe du Vergier, les hommes qui entreprendront cette tâche me sauront quelque gré de leur avoir épargné beaucoup de difficultés matérielles. Je prie donc les lecteurs que ces descriptions minutieuses auraient fatigués de me les pardonner en faveur de leur utilité pratique.

Durand de Maillane (*Libert. de l'Eglise gall.*, III, 525 à 616) a analysé le Songe du Vergier chapitre par chapitre. La forme à laquelle il s'est assujetti a l'inconvénient de reproduire les trop nombreuses redites de l'auteur, et le travail est souvent

fastidieux à force d'exactitude. Il m'a paru que quelques chapitres comportent plus de développement que ne leur en donne Durand de Maillane, tandis qu'on peut rendre en quelques lignes certaines idées souvent noyées par l'un et l'autre des antagonistes, dans un déluge de propositions, d'objections et d'argumentations. C'est dans cet esprit que, sans dédaigner la fidèle et claire analyse de Durand de Maillane dont je me suis quelquefois aidé, je vais essayer de faire connaître, aussi exactement qu'il me sera possible, l'ouvrage qui nous occupe. J'aurais pu copier l'élégant extrait de M. Édouard Laboulaye (*Rev. de législ.*, p. 10); mais M. Laboulaye n'a pas dit dans son analyse tout ce que j'ai à dire dans la mienne, en vue de la *Dissertation* qui est le sujet principal de cette étude. Et puis, quel auteur peut renoncer à l'attrait de faire lui-même son livre?

ANALYSE DU SONGE DU VERGIER.

« Cy commence le premier livre intitulé *le Songe du Vergier, du Clerc et du Chevalier* [1].

« *Audite somnium quod vidi.* Ces parolles sont escriptes *Genesis* XXXVII *capitulo.* Jaçoit ce qu'il soit dit en la saincte escripture que nul ne doit croire ès songes ne tenir que les choses songées viennent après de necessité comme il est escript *Levitici* XIX *capitulo.* Et est aussi reprouvé celluy qui faint les songes Deuter. XXX et XXXIV *capitulo.* Est dit que les songes ont fait plusieurs errer et foloyer (*agir follement*). Toutesfoys, je ne croy pas que généralement en toutes manières les songes soyent ne doyvent estre reprouvez. Car le philosophe dit que enquist des natures de toutes choses plus subtillement

[1] Ce texte est celui de l'édition de 1731, publié par Jean-Louis Brunet, sur la première édition française de 1491. Il est facile de voir que dans cette édition de 1491 le français de 1376 a été rajeuni. Il s'est aussi opéré une transformation dans l'orthographe. J'ajoute que l'orthographe adoptée par l'éditeur de 1491 a subi en 1731 une nouvelle altération par l'impéritie de l'imprimeur. Toutefois je copie servilement le texte et l'orthographe de l'édition de 1731, en m'étayant de l'exemple de MM. Paulin Paris et Édouard Laboulaye.

Dans les extraits du Songe du Vergier, insérés dans l'édition des *Libertés* de 1771, publiée par Durand de Maillane, l'imprimeur s'est entièrement conformé à l'orthographe de l'édition de 1731. Les fautes les plus grossières ont été copiées.

et plus profondement ne reprouva pas tous songes; et le roy Nabugodenosor en songeant vit choses, lesquelles furent après véritables. Comme il appert *Danielis* i j *capitula*. Et ainsi comme dit Macrobes sur le songe de Scipion. Maintes fois, il avient que nos parelles et nos pensées si engendrent en songeant choses telles que nous les avons dittes ou pensées en veillant. Et ad ce assez s'accorde Claudien. Communement les choses que nous avons de jour pensées en veillant, nous apparent de nuit en songeant. »

« Tressouverain et très redoubté prince, ouyés doncques par maniere de recreacion et desbatement, mon songe et la vision laquelle m'est apparüe en mon dormant tout esveillé; maintesfois me suis tout esmerveillé comment c'est ne par quelle aventure que si griefve et si dure division soit entre les ministres de sainte Eglise et ceülx de la court seculliere; car mise arriere toute bonne fraternité et toute charité chascun se peine et efforce contre Dieu et contre verité de passer les termes et les metes (du latin *meta*, bornes) de sa juridicion; lesquelles Dieu par sa bonne deliberacion a ordonnées et establies. Ainsi font contre la Sainte Escripture qui dit que nul ne doit passer les metes lesquelles ont esté mises par les anciens peres. Et devroit avoir (*y avoir*) telle fraternité et telle charité entre les ministres de sainte Eglise et ceulx de la court seculliere qu'ils fussent comme ung corps et une ame. Quelle merveille : deux choses sont par lesquelles le monde est gouverné, par le prestre et par le roy; et doivent estre d'ung accord ensemble. Le prestre prie Dieu pour le peuple; le roy si commande au peuple. Au prestre appartient ouyr les confessions. Au roy des péchés les punicions. Le prestre lie et absout les ames. Le roy pour peché tue hommes et femmes. Et en ce faisant chascun d'eux accomplist la loy divine et de Dieu le commendement. Car comme il est escript Dieu a donné le ciel des cieulx, c'est à dire les choses espirittelles aux ministres de Dieu; et a laissé la terre aux seigneurs seculiers, et appartient aux filz des hommes porter armes et sagectes (*du latin* SAGITTÆ, *flèches*) et les filz de Dieu c'est assavoir les ministres de l'Eglise doivent offrir sacrifices et pour le peuple de Dieu prier devotement. Et mon tres redoubté seigneur, en la presence de votre majesté cette doubte a esté aultresfois disputée par maniere d'esbattement et de collacion. C'est assavoir si la puis-

sance espirituelle et la puissance seculiere sont divisées et toutes separées en divers supposts, ou si les deux puissances sont sans estre devisées ne aucunement separées, et en ung mesme suppost en la personne du saint pere de Romme et ainsi comme si je fusse la present et eusse ouy tres fortes raisons tant pour l'une partie que pour l'aultre, je commence a y penser, et plus fort à ymaginer que oncques mais n'avoye fait. Et en tant que de fait la nuyt ensuivant en sommeillant me avint telle avanture.

« Car il me fust avis que je veis une merveilleuse advision en ung vergier qui estoit tres delectable et tres bel plein de roses et de fleurs et de plusieurs aultres delitz (*délices*), car la vous veis en votre majesté royalle assis ; et lors regarday que au costé de vostre majesté aviés deux roynes tres nobles et tres dignes, l'une a dextre et l'aultre à senestre ; et en dormant commençay fort à songer qu'elles roynes ce pouvoient estre : et vers la royne qui estoit à dextre tournay mes yeulx, laquelle avoit un tres honneste et religieux habit, et sur sa teste estoit escript : C'EST LA PUISSANCE ESPIRITUELLE.

« Puis regarday celle qui estoit à senestre qui avoit de tres noble devise habit, mais seculier estoit. Et sur sa teste avoit (*il y avait*) escript : C'EST LA PUISSANCE SECULIERE. Et me sembloyent toutes deux de maniere assez piteuse : car en gemissant et en plourant vers vous s'inclinoyent tres humblement en disant :

« A toy Roy de France nous fuyons et recourons comme au plus tres chrestien et tres souverain prince des chrestiens, qui aime Dieu et sainte Eglise, qui es vraye lumiere de paix et de justice. Et ce devise et signifie le nom que tu portes : car entre les Roys de France qui eurent nom Charles tu es le V, en latin *Carolus interpretatur quasi clara lux*. Charles est interpreté clere lumiere.....

« Derechief doncques tres devot Prince, nous te prions nous qui sommes deux sœurs, et filles de tres haut et souverain Roy, qui la parfonde science et la parfaicte prudence et la noble eloquence que tu as en toy, tu veuillez mettre et employer, tant pour l'honneur de nostre foy que pour la singuliere devocion que tu as à saincte Eglise et pour tout le bien commun, affin que noz ditz officiers soyent tous à ung en paix et en tranquillité. »

Les deux *Roynes* continuent d'exalter les vertus royales de

Charles V, puis elles reprennent : « Et pour tant ainsi comme un oignement souef (*onguent doux, suavis*) et flairant en ton nom espandu par deça et par dela la mer toutes terres et toutes eglises des saintz si racontent tes dons et ausmones et ta gloire. Tu es Roy de grant victoire, tu es Roy paisible, car sur tous les desirs de ce monde tu aimes, tu procures, tu quiers la paix, et la tranquillité de ton peuple; tout ce que tu penses, tout ce que tu fais, tout ce que tu parles est pour la paix de ton peuple, les labeurs et les angoisses que tu portes jour et nuit et souffres, les conseils que tu assembles, les alliances que tu affermes, les amitiez que tu acquiers, ce que tu humilies les orgueilleux, que tu fais paour aux princes et menace tes ennemis.

. . . . . .

Et aussi il ne fait mie a oblier comment le Roy Pierre d'Espaigne (*Pierre le Cruel*) qui estoit grand persecuteur de sainte Eglise et de ses ministres et faisoit plusieurs autres inhumanitez a esté soubdainement par ton aide et par ta puissance de sa vie et de son royaulme privé, et est le royaulme à son frère Henry translaté, qui a esté un fait moult merveilleux, consideré le grand pouvoir et puissance qu'il avoit en Espaigne. Et que dirons nous de Bretaigne, lequel pais tu as conquesté vaillamment, et si tu as eu les cueurs de tous ceulx du pais, et as mis hors Messire Jehan de Montfort, pour ce qu'il donnoit contre toy aide, conseil et confort à ton ennemy Edouard d'Angleterre contre la foy et le serment qu'il avoit à toy. Tu as recouvré et conquesté comme toute Guienne et plusieurs lieux en Picardie et en Normendie, qui n'a pas esté sans grand miracle. . . . .

. . . . . .

« Tres souverain et tres redoubté Prince, puis doncques que Dieu et nature te ont donné tant de grace, de puissance et de vertu, veuilles oyr et exaulcer noz prieres et fay paix et accord entre noz ministres et noz officiers : et certes nous avons plus grande fiance en ta discrecion en ton sens et bonne prudence que en nul aultre soit clerc ou lay (*laïque*) de tes conseillers : car nous sçavons assez que plusieurs sont nourris en l'Eglise ou des biens de l'Eglise ; et néantmoins ils n'aiment pas l'Eglise de laquelle ils ont eu plusieurs biens, en attendant a avoir de plus grans, desquelz vouldroyent que la jurisdicion de sainte Eglise fut ouverte et estainte per durablement. . . . . .

. . . . . .

L'auteur prend la parole en son nom : « Mon tres redoubté seigneur, puis que ces deux Roynes se furent ainsi enclinées et les eustes tres doulcement et tres benignement escoutées de trestie (n'est-ce pas *tres lie*, signifiant *très-joyeux?*) chiere vous les receustes et humblement toutes deux les baisastes en disant les paroles d'Alain en son anticlaudian : « Tres nobles et tres puissantes Dames et Roynes, en vos faces resplendist l'imaige de la Trinité et se doit esmerveiller toute face d'umanité de la grant beaulté, du sens et de l'ordonnance et prudence qui est en vous..... de voz pleurs et de vos larmes, j'ay douleur et grant compassion..... Mais mon (n'est-ce pas *comme?*) vicaire de Dieu en la temporalité je ne puis estre juge de voz ministres par raison, car mon jugement ne procederoit pas sans supeçon. . . . . Tres nobles Dames queres doncques advocatz par lesquelz vous monstrerés d'un cousté et d'aultre les griefz et les tors faitz qui se font et ont esté faitz par les officiers de la court seculiere contre la jurisdicion espirituelle et semblablement les griefz que les officiers de saincte Eglise ont faitz au prejudice et jurisdicion seculiere, affin que par voye amiable je puisse voz officiers si c'est chose possible a voye de verité, de paix et de bon accord ramener, car vostre juge ne puis je pas estre, car comme le prestre ne puisse pas estre juge en la temporalité, aussi ne peut le Roy de l'espiritualité. »

« Adoncques la Royne qui est appelée la Puissance espirituelle print et esleut un Clerc pour advocat, qui estoit homme de belle eloquence et de parfonde science. Et la Royne qui estoit appelée la Puissance seculiere esleut un advocat qui en plusieurs et merveilleuses sciences estoit merveilleusement doué et adorné.

« Et lesditz advocatz ainsi racontent les griefz que les officiers de l'une partie a fait à l'aultre. Et le Clerc commence le premier et propose ses griefz et ses injures, et allegue plusieurs raisons naturelles et canoniques et civiles. Et le Chevalier à chascune raison par maniere de dialogue tres subtilement lui respond par semblable voie..... Lesquelles raisons tant d'une part comme d'autre je raconteray ainsi que la petitesse de mon entendement et ma memoyre en sommeillant l'a peu concevoir et comprendre, et est mon intencion, au nom de la benoiste Trinité, de procéder en ce present songe sans aucune chose affiner ou absentir ne pour l'une partie ne pour l'aultre, mais

tant seulement comme homme esveillé de son songe, la raison qui m'est apparüe en sommeillant, à vostre royalle majesté raconteray. Et pour ce que ce songe est de tres haulte et parfonde matiere, je proteste que en tout ce que par maniere de songe je raconterai, ie croy et tiens ce que saincte Eglise tient, croit, ordonne et establit. »

L'auteur dit qu'il écrira son livre simplement; il parle de son insuffisance et célèbre le « hault entendement » du Roi; il termine son prologue en ces termes : « Puis doncques, tres souverain seigneur que j'ay en vous parfaicte fiance qui suis homme de tendre (*faible*) estude et de rude (*du latin* rudis, *simple*, *non poli*) entendement, veuillez moy en pitié soustenir tremblant et corriger pechant, reconforter et ayder vostre escripvain, car ce petit tractié lequel sera le Songe du Vergier appelé, povez corriger, supplier et adrecier (*suppléer et redresser*). Ainsi et par telle maniere que en corrigeant et suppliant plus grant louenge et plus grant gloire vous soit deue et donnée que a moy qui ne suis que votre humble escripvain, laquelle gloire en ce siecle et celle qui ja ne fauldra (*faillira*) vous doint le Pere, le fils et le Saint-Esperit. Amen. »

Commence le Dialogue ; je passe les deux premiers chapitres du premier livre, et j'en laisserai beaucoup d'autres à l'écart, ainsi que je l'ai fait pressentir plus haut.

Chap. 3. Le Clerc dit que les Chevaliers sont dégénérés, qu'ils pillent l'Église et les pauvres gens, au lieu qu'autrefois ils « se appeloyent fils de saincte Eglise et portoyent l'espée pour la foy et saincte Eglise deffendre et exaulcer, et pour les povres, les vefves, les pupilles et tout le pays garder et deffendre de toute oppression.....Les Chevaliers de nostre temps font en leurs salles peindre batailles à pié et à cheval, afin que par manière de vision ils preignent aucune delectacion en batailles ymaginatives, lesquelles ils n'oseroyent veoir ne regarder en un ost ne de fait si trouver en propre personne [1]..... Aujourd'huy quant nos Chevaliers retournent de la bataille par la grace de

[1] Ce sarcasme contre les Chevaliers paraît emprunté à Pierre de Blois, qui vivait dans le XIIe siècle : « Bella tamen et conflictus equestres depingi faciunt in sellis et clypeis, ut se quadam imaginaria visione delectent in pugnis quas actualiter videre et ingredi non audent. » (*Mém. sur l'ancienne chevalerie*, par Lacurne de Sainte-Palaye, t. II, p. 46; Paris, 1759-81, in-12.)

Dieu, ils retournent sans avoir aulcune playe ne blessure, et leurs armes saines et entieres, et adoncques apres leur retour ils entrent en une aultre bataille en laquelle ils se monstrent et se portent plus vaillamment qu'ils ne faisoyent en l'aultre, car vous les verrez la boire d'autant et verrez briser a pots tombez, haut parler et mal dire des ministres de Dieu et de nostre mere saincte Eglise..... »

Chap. 4. Le Chevalier répond au Clerc en accusant les clercs d'orgueil et d'avidité ; il fait un tableau curieux de la vie molle et somptueuse des gens d'Église.

Chap. 25. En réponse au Chevalier qui a fait valoir la protection que le roi accorde à l'Église, le Clerc dit : « Las chetif quelle deffense veez cy un grant salut et tres bel vous me tollez la char et la pel (*vous m'enlevez la chair et la peau*) et voulez ce salut appeler deffense. »

Chap. 26. Le Chevalier insiste sur l'obligation où sont les gens d'Église d'aider le roi, qui les défend, à supporter les charges de l'État. « Aultrement si vous dites que les Roys et les princes a leurs coustz et despens sont tenuz de vous deffendre contre vos ennemys de toutes oppressions, et leurs corps à mort disposer affin que vous soyez garantiz et saulvés, et vous sous l'ombre vous reposerez paisiblement et delicieusement mangerés ces gras morceaulx, et si n'oublirez pas a verser a ses hanaps (*coupes*) riches et beaulx de ces bons vins délicieux qui ne sont pas de Vitry ni de Bayneux, mais seront d'aultre contrée vertz et vineux, et gardans que le vin passe la verdure, tant que l'hyver dure emplirez vostre sain, soit de Beaulne ou de Saint-Porsain[1]. Et pour ce que vous estes gens d'eglise vous

[1] Dans ce passage, l'intention de rimer paraît manifeste, bien que la forme du vers n'ait pas été employée, du moins dans les éditions que j'ai vues.

Et vous sous l'ombre vous reposerez
Paisiblement et délicieusement mangerez
Les gras morceaulx
Et si n'oublirez pas a verser
A ses hanaps riches et beaulx
De ces bons vins délicieux
Qui ne seront pas de Vitry ni de Bayneux
Mais seront d'aultre contrée vertz et vineux
Et gardans que le vin passe la verdure,
Tant que l'hyver dure
Emplirez votre sain
Soit de Beaulne ou de Saint-Porsain.

bevrez religieusement piteusement et nettement. Piteusement tant que la larme vienne a l'œil. Nettement, car vous n'y laisserez riens. Religieusement, a deux mains. Et la vous chanterés ballades, motetz, virelaiz, rondeaulx, et aurez menestriers qui joueront de divers instrumens, et puis entrerez en vos chambres souefment (*doucement*) et mollement sans soucy et sans noyse. » Cette tirade rabelaisienne est suivie de citations prises dans l'Écriture sainte et dans le Code de Justinien. Le Chevalier conclut en disant que « les Clercz ne doivent pas murmurer contre le Roy ni le reprendre, se en cas de necessité il prent de leurs biens pour le peuple garder et deffendre.... »

Chap. 27. « Saincte Marie, » s'écrie le Clerc, « vous me dittes merveilles se vous povés, les biens qui ont esté une fois donnés à l'Eglise a vous revocquer et appliquer..... »

Chap. 28 *et suivants.* Le Chevalier répond que ce qui a été donné à l'Église doit être employé en « saintz usaiges » et il ne connaît rien de plus saint que le salut du peuple. La discussion continue sur cette question jusques et y compris le chap. 34.

Chap. 35. « Le Clerc monstre que au moins le Roy ne peut les privileges de l'empereur revocquer et prouve comment l'empereur est seigneur de tout le monde [1]. »

Chap. 36. Le Chevalier prouve par l'Ancien et le Nouveau Testament, par le Digeste et le Code, et mieux encore par des motifs puisés dans le sens commun, que le roi de France n'est nullement dépendant de l'empereur d'Allemagne. Son argumentation est solidement établie. Les bonnes raisons qu'il allègue pouvaient le dispenser d'invoquer à l'appui de sa thèse le « roi des mouches à miel » et « le roi des grues. »

Chap. 37 *et suiv.* Arguments d'école pour prouver que le pape doit ou ne doit pas avoir la suprématie temporelle [2].

[1] Tous les chapitres du Songe du Vergier sont précédés d'un sommaire. J'ai copié ici le sommaire du chapitre 35. J'aurai rarement recours à cette analyse toute faite.

[2] « Le sophisme des théocrates consiste à identifier à l'âme le pouvoir spirituel et au corps le pouvoir temporel. Dans ces termes le temporel n'a qu'à s'incliner ; mais pour que ces termes fussent acceptables, il faudrait d'une part que le spirituel n'eût point de corps, et de l'autre que le temporel n'eût point d'âme. Mais si tous les deux ont en fait corps et âme, la question se complique, puisque le spirituel peut avec son corps être induit au mal et à l'erreur et le temporel être conduit par son âme au bien et à la vérité. » (Géruzez, *Hist. de la littér. franç.*, t. I, p. 215.)

Chap. 70. Après beaucoup d'inutilités, de part et d'autre, le Chevalier présente un argument qui est assez concluant : « Dieu vous doint bon jour, » dit-il au Clerc, « dites moy qui ont fait les decrets que vous alleguez : certes les evesques de Romme. Comment n'avez vous honte de les amener et de les alleguer pour ceulx qui les ont fais? »

Chap. 71 *et suiv.* Nombreux arguments invoqués par le Clerc en faveur du pouvoir temporel du pape, fondés sur le sacre des rois. Dans le chap. 76 « le chevalier monstre que l'onction du Roy est de voulenté nompas de necessité..... Il semble que le Roy ne prengne aucune grace du Saint Esperit parce qu'il est oint, consacré et couronné. Et povons ainsi arguer : par les sacrements seulement qui sont establis et instituez de l'ordonnance de Dieu, aucun si reçoit la grace du don du Saint Esperit et nompas par les sacremens qui sont establis pour l'ordonnance humaine. Or il est certain que l'onction, la consecration et le couronnement des roys ne sont pas introduitz de l'ordonnance de Dieu, mais sont establis par l'ordonnance humaine; car elles ne sont pas ordonnées en vieil testament, car s'ilz estoient, l'Eglise judayseroit en les gardans. Et aussi ne sont elles pas ordonnées au nouvel Testament, doncques par elles les roys n'ont aucune grace du Saint[1] Esperit..... » La discussion qui semblait close est continuée dans les chapitres suivants.

Chap. 88. Ce chapitre se termine par un éloge du roi où l'on retrouve les formes déjà employées dans le prologue : « De rechief le nom du Roy de France, sur tous roys et empereurs est exaulsé, et toute terre par deça et par de la la mer si s'esmerveille de la noblesse, de la magnifiance et de la grandeur du Roy de France. Concluons donc que jaçoit ce qu'il soit empereur en son royaulme, et qu'il se puisse empereur appeller toutesfois il ne se peut plus dignement appeller que Roy de France. »

Chap. 89 *et suiv.* Longue discussion sur la prééminence des

[1] *Saint* est ici écrit comme nous l'écririons aujourd'hui ; plus haut, il y a *sainct* qui est l'orthographe de l'époque. Cette observation s'applique à un grand nombre d'autres mots mal orthographiés ou orthographiés d'une manière si différente. Mais je n'aurais jamais terminé cet opuscule, si je n'eusse pris le parti de suivre mon édition même dans ses fautes les plus apparentes.

deux pouvoirs. Le Chevalier donne d'assez bonnes raisons pour la distinction à établir entre eux. Le Clerc invoque un argument curieux en disant au chapitre 99 : « Il est escript en *Genesis* que Dieu a fait du firmament du ciel deux grands luminaires, c'est assavoir le soleil par lequel est figurée la puissance du pape, et la lune par laquelle est figurée la puissance royalle. Or est vray que la lune n'a point de lumiere de soy au firmament du ciel, fors tant seulement la lumiere qu'elle prent de la puissance et vertu du soleil; doncques la puissance royalle n'a nulle jurisdiction fors celle seulement qu'elle prent du Saint Père. Et est escript ceste raison *extra de majoritate et obedientia ex solite.* »

Chap. 100. Le Chevalier répond : « Je dy doncques que cette auctorité des deux luminaires qui est mise en la decretale *solite* n'est pas exposée en touchant le sens litteral; mais seulement le sens misticque et allegoricque, et pourtant l'en ne doit traire aulcun argument..... »

Après avoir reconnu que la dignité du pape est plus noble que la dignité royale, le Chevalier invoque un argument de fait en faveur de la division des pouvoirs : « Et quant est du second ou la seconde exposicion veut tendre, c'est assavoir que la dignité royalle est derivée et descendue de l'autorité du Saint Pere, certes ce n'est pas verité, car ce qui est premierement fait et creé ne peut pas estre descendu ou derivé de ce qui est secondement fait et creé. Or est bien vray que la puissance du Roy fut premièrement trouvée que la puissance du Saint Pere, comme il est tout cler par les histoires qui font mencion des roys et des saints peres de Romme. »

Chap. 121 *et* 122. « Le Clerc dit que le pape n'est subject à aucune loy (*seculière*) et pour ce il conclud qu'il est seigneur en la temporalité, » à quoi « le Chevalier respond que le pape est tenu et obligé a garder et tenir les loys naturelles; jaçoit ce qu'il ne soit pas tenu simplement a garder les loys positives. »

Chap. 126. C'est le Chevalier qui parle : « ..... Le pape peut être jugé par homme humain quant son crime est notoire et tel que toute l'Eglise est esclandrée pour luy, et s'il ne se veult corriger..... »

Chap. 127 *et* 128. « Le Clerc dit que le pape peut depposer tous les roys et princes seculiers..... » Le Chevalier répond amplement au Clerc. Les deux antagonistes s'appuient sur la

Bible, le Digeste, les Décrétales, Aristote. La meilleure des raisons invoquées par le Chevalier est celle que tout le monde connaît : *Reddite que sunt Cesaris Cesari, et que sunt Dei Deo.*

Chap. 131 *et* 132. « Certes, sire Chevalier, » dit le Clerc, « bien est vray que ung roy doit principalement justice garder et exercer; mais considerons si les roys et aultres seigneurs terriens de nostre temps sont telz et s'ils doivent estre reputez vrays seigneurs naturels. Certes je dy que non car ils sont vrays tyrans..... »

« Le Chevalier respond que ce n'est pas sa pensée du fait de tyrannie tous seigneurs seculiers excuser quant à présent, mais le roy de France seulement, et touche aucuns faits du roy de France qui sont contraires a faits de tyrannie, et entre les autres comment il ayme science en laquelle il fait introduire et enseigner son aisné filz, affin qu'il ne gouverne pas son peuple par tyrannie. »

Chap. 133. « Sire Chevalier, je me veuil en aucunes choses avecque vous accorder, c'est assavoir que les roys et leurs enfants doivent estre lettrez et amer les escriptures. Mais.... Desquelles choses nous povons conclure que ce n'est pas chose expedient ne profitable que les enfants des roys soient informez en plusieurs livres, ne que les roys ayent plusieurs volumes de livres [1]. »

Chap. 134. Le Chevalier répond : « ..... Il appert donc clerement que ce n'est pas chose detestable; mais est profitable mesmement à ung roy avoir plusieurs livres vieulx et nouveaulx..... et est beau tresor a ung roy avoir plusieurs livres et grant multitude. Et si vous ottroye que nul, soit roy ou aultre, ne doit tous ses livres estudier esgalement, mais doit avoir les ungz plus especiaulx que les aultres : car qui veult tous savoir n'en seait nul; et ainsi doivent estre les autoritez qui ont esté par vous alléguées entendues. »

Chap. 135 *et* 136. Dans ce chapitre est discutée la question des impositions.

Chap. 137 *et* 138. Dans le chapitre 138 le Chevalier répond à ce qu'a dit le Clerc dans le chapitre précédent au sujet des flatteurs, puis il expose en soixante énonciations les vertus,

[1] On sait que Charles V aimait les lettres et les protégeait. La Bibliothèque (impériale) lui doit son origine; il était parvenu, à force de soins, à rassembler neuf cents volumes.

les vices, les qualités les passions, les caprices, les erreurs de l'humanité. On peut appliquer à ce chapitre les vers du satirique romain :

> Quidquid agunt homines, votum, timor, ira, voluptas,
> Gaudia, discursus, nostri est farrago libelli.
>
> (Juven., sat. I.)

Chap. 141 *et* 142. Le Clerc veut que si les femmes ne peuvent succéder au trône, leurs enfants mâles plus proches en degré y soient appelés. Il va jusqu'à dire que la couronne de France appartenait aux rois d'Angleterre et de Navarre.

Le Chevalier n'a pas de peine à combattre cette proposition. Les droits des mâles aux royaumes et aux fiefs y sont prolixement établis.

Chap. 143-144 *et suivants.* « Le Clerc monstre que le roy de France sans cause et par tirannie detient la duché de bretaigne en sa main, et prouve que au duc (Jean de Montfort) doit estre restituée ; secondement il prouve par plusieurs raisons qu'il soit vray duc et seigneur naturel de bretaigne ; tiercement que posé que a luy ne doye estre restituée ne qu'il ne soyt duc de bretaigne, au moins Madame de Pontieure est duchesse et doit estre restituée. »

« Le Chevalier respond que le dit messire Jehan de Montfort a esté mis hors de la duché de Bretaigne à juste cause et raisonnable..... et confesse assez que le dit messire Jehan avant qu'il commist felonie et trahison contre le roy de France son souverain et naturel seigneur, estoit vray et naturel duc de Bretaigne..... et respond aux raisons faictes pour Madame de Pontieure. »

Chap. 148. Le Chevalier soutient que nul ne peut usurper les armes d'autrui. « Et aussi veulent aulcuns dire que les bastars ne peuvent pas porter les armes de la lignée *Lege pro numerato* ff, *De verborum significationibus ;* Jaçoit ce que en aulcun pays les bastars portent les armes du lignaige duquel ils descendent ; avec aulcune difference, laquelle coustume est assez raisonnable..... mais l'on pourroit dire que laditte coustume ne seroit pas raisonnable en un hostel royal, comme seroit en l'hostel de France, car nul bastard ne devroit porter les armes de France ne a difference ne aultrement, ne si ne se devroit pas

nommer de celui hostel, car ainsi comme dit une loy, c'est une chose si detestable a qui est tresnoble soit homme soit femme de estre incontenant (*incontinent*) et luxureux et de procurer enfans hors mariage, que n'est à ung aultre homme de simple estat. *Lege si qua illustris. Codice adoriamur.....* »

Chap. 149 *à* 154. « Le Clerc prouve par plusieurs raisons que ung homme pour cause de nature ne doit pas estre dit plus noble que ung aultre. »

Le Chevaller répond que la noblesse en général a pour cause la vertu; puis il s'égare dans divers raisonnements où il est difficile de le suivre. Le Clerc (chap. 153) dit que « celui qui est anobly de nouvel, si est de son propre fait; et celui qui est noble par lignaige l'est du fait de ses parens; doncques celui qui est de nouvel anobly doit estre plus honnouré. Et ad ce propos, disoit Socrates..... si tu loues aultruy pour ce qu'il est de grand lignaige tu ne le loues pas mais ses parents; se pour ce qu'il est riche, tu loue les richesses : se pour ce qu'il est beau attendez un petit, il ne le sera plus : se tu le loue pour ce qu'il est vertueulx, certes adoncques tu le loue proprement..... et ainsi il s'ensuyt que celui qui est anobly par ses vertus propres doit être plus honnouré. » Le Chevalier (chap. 154) répond « qui est noble de lignée doit être plus honnouré. » A l'appui de sa thèse il fait une distinction tres alambiquée entre la noblesse humaine et la noblesse qu'il appelle théologique. « Et quant à Dieu, dit-il, les plus vertueuix doivent estre toujours plus honnourez. » Puis, par une transition passablement tourmentée, le Chevalier parle de l'origine et de la nature des guerres; enfin il arrive après bien des détours, et avec l'aide de « Monseigneur saint Pol et de Monseigneur saint Augustin » à dire que « la guerre vient de Dieu, puisque toute guerre juste tent principalement pour avoir la paix et la tranquillité du peuple. » Le Chevalier se trouve conduit par une série de raisonnements à une solution chrétienne et philosophique, à savoir : « que le Saint Pere de Romme ne peut pas donner aux crestiens licence de faire guerre contre les Sarrasins..... et par conséquent il ne peut donner indulgences et pardons à ceulx qui vont oultre mer pour guerroyer les mescreans, ne a ceulx aussi qui vont contre les rebelles de l'Eglise..... et semblablement que nul ne peut faire guerre aux Sarrasins tant comme ilz veulent vivre en paix, comme dit la

loy *Christianus codice De Paganis*, comme le pape Innocent le quart le note *Cap. quod super his extra de voto*, car nul mescreant ne doit estre contraint par guerre ne aultrement pour venir à la foy catholicque, XXIII. *Questione prima cap. ad fidem* : et semble que contre les mescreans qui nous guerroyent seulement nous deussions faire guerre et non contre les aultres qui veulent estre en paix..... Et ad ce propos fait ce que dit l'apostre *ad Romanos, vobis jam bella ultra non sunt carnalia peragenda*; vous ne devez plus faire batailles charnelles : *et Malachie VIII ab ortu, inquit, solis usque ad occasum magnum est nomen meum quare*, etc. Mon nom si est grant en Occident et toutes gens si sanctifient mon nom et en font oblations. — De rechief il n'appartient en riens au Saint Pere de soy entremettre de ceux qui sont hors de l'Eglise. *Secunda questione prima. Capitulo multi*: Mesmement que les payens peuvent avoir juridiction et possessions : *et super bonos et malos facit Deus oriri solem suum*. Dieu a fait luyre son soleil sur les bons et sur les maulvais, *Matth. quinto et sexto capitulo*. Et par consequent ainsi que Dieu les laisse vivre en paix, si doyvent faire les crestiens, mesmement le pape de Romme ne doit donner pardon ne indulgences a ceulx qui leur veulent faire guerre ne aussi a ceulx qui guerroyent les rebelles de nostre mere saincte Eglise; car les armes des clercs doivent estre oraisons et larmes..... »

Chap. 155, 156, 157. « Le Clerc prouve par plusieurs raisons que le pape et les crestiens peuvent justement faire guerre contre les Sarrasins et contre ceulx qui impugnent sainte Eglise et qui detiennent et occupent son patrimoine, et si croit que les divisions lesquelles sont en Italie si y sont advenues pour ce que le pape ne tient pas son siege a Romme, et met plusieurs raisons par lesquelles le pape devroit mieulx demourer a Romme que en nulle autre part. » Le Clerc invoque six raisons pour établir que le pape devait retourner à Rome. — Le Chevalier, en réponse au Clerc, dit que le pays de France est plus saint, plus sûr et meilleur que Rome : plus saint, parce qu'il y a beaucoup de reliques; plus sûr, puisque les papes y ont trouvé asile; meilleur, parce que « pour certain en la ville de Paris et au pays de France est fontaine de toutes sciences delaquelle science yssent plusieurs ruisseaulx. » (Les ruisseaulx sont : grammaire logicque, rhétorique, poetrie, philosophie naturelle

et moralle; et de ce ruisseau de philosophie yssent plusieurs aultres ruisseaulx : aritmetique, musicque, geometrie, perspective; astrologie [*science des astres*], metaphysicque, ethicques, yconomicques, politicque, droit civil et droit canon, médecine. Et que dirons-nous plus? De ceste fontaine descend le ruisseau de la saincte theologie.) Et puis une autre raison qui doit déterminer le pape a « eslire demeure en France » c'est que, « comme dient les mesureurs de mappemonde, Marceille est le milieu du monde. » Le Chevalier termine son argumentation en reprochant au pape d'avoir pris à son aide « les gens de compaignie (*des grandes compagnies*), robeurs, larrons ou meurtriers. » Le Clerc justifie le pape d'avoir employé ces bandes.

Chap. 158, 159, 160. Longue discussion entre le Chevalier et le Clerc sur la douceur et la rigueur des châtiments. Les deux antagonistes paraissent enfin s'entendre, car le Chevalier, après avoir soutenu que la justice doit être sévère, dit qu'on peut « acomparaiger aux bestes saulvaiges les princes et les seigneurs terriens qui sont aspres et tirans en exerçant justice contre leurs subjectz et ne considerent pas la qualité du delit ne de la coulpe (du latin *culpa*), mais leur seule voulenté et la delectation que ils prennent es peines et es tormens tres excessifs de leurs subjectz. »

Chap. 161, 162. Le Clerc et le Chevalier sont d'accord pour blâmer le duel judiciaire.

Chap. 163, 164. Le Clerc répousse la loi civile qui approuve l'usure pratiquée par les Juifs. Il veut qu'on les chasse du royaume et qu'on les dépouille de leurs biens. Les arguments qu'il emploie contre l'usure (*le prêt à intérêt*) sont ceux-là mêmes qui ont fait dire que les canonistes qui ont proscrit ce prêt avaient fait preuve de zèle pour les affaires de l'autre monde, mais de fort peu de connaissance des affaires de celui-ci.

Les exemples invoqués par le Clerc valent mieux que ses arguments : « Et de faict je cognais tel, lequel a emprunté d'un juif XIIII francz, desquelz tant pour le sort (*le capital*) que pour les usures il a payé XIIII cens francs et encore n'en est-il pas quitte. Et qui vouldrait diligemment enquerir, on trouverait au royaulme de France cinquante mil personnes desheritez et mis a povreté par ces faulx Juifz....., etc. »

Le Chevalier convient que l'usure[1] est défendue aux Juifs comme à tous autres; mais il invoque en leur faveur une loi du Code qui défend d'inquiéter ceux qui vivent en repos dans l'empire.

Les *chapitres* 165 *à* 182 roulent sur la « divinacion » et autres superstitions.

Le Clerc se montre imbu de tous les préjugés du temps. Je n'ose dire que le Chevalier en soit affranchi; cependant ses réflexions sur les songes (chap. 172) sont très-raisonnables. Il explique, aussi bien qu'on pouvait le faire à cette époque, comment les « possedez de l'ennemi » (*du diable*) peuvent recevoir quelque soulagement de la musique et de l'emploi des herbes. Il admet les reliques, mais en blâmant les charmes (chap. 178). Les rencontres, les signes des oiseaux, les songes et autres superstitions ne méritent aucune croyance (chap. 182).

Dans les chapitres 183, 184, 185, *et dans le commencement du* 186e, il est question de l'astrologie. C'est une continuation des sujets traités dans les précédents chapitres. Pour le Chevalier, l'astrologie n'est, suivant l'étymologie du mot, que la science des astres, tandis que le Clerc en parle surtout au point de vue de l'art chimérique qui enseigne à prédire les événements par la situation des planètes et par leurs différents aspects. « Savoir doncques, dit le Chevalier, chap. 186, le mouvement du ciel et l'assiette et l'ordonnance des corps celestes est chose tres belle et tres delectable et tres proufitable aussi en ung roy et aultres princes terriens et généralement en certaine creature humaine. Car selon l'oppinion et la sentence du philosophe, se c'est chose tres delectable savoir la distinction et l'ordonnance d'un noble palaiz et d'une noble montaigne : par plus forte raison c'est plus delectable chose et plus desirée savoir cognoistre l'ordonnance du ciel et tout le firmament lequel passe en tres grande beaulté toutes les choses visibles.

[1] Ce que nous appelons intérêt se dit en latin *usura*. (*Cod.*, lib. IV, tit. 32, *De usuris*.) Dans le langage du moyen âge, intérêt et usure sont synonymes; ce n'est qu'à une époque bien postérieure au règne de Charles V que l'on a qualifié d'usure l'intérêt excessif. La synonymie d'intérêt et d'usure ressort bien des termes d'une ordonnance de Louis X, du 28 juillet 1315 : « Nulz ne sera contraints par nous à payer usures quelles quelles soient à juis (*Juifs*), et entendons usures quant qui est outre le pur sort (*le pur capital*). (*Recueil d'Isambert*, t. III, p. 117.) Je demande pardon aux savants de cette explication et de quelques autres du même genre.

Mais certes les jugements des estoilles et d'astrologie, quant est de cognoistre les choses advenir, sont tres perilleuses et tres dangereuses....., et pour ce est-il que en plusieurs lieux de la saincte escripture telles divinacions d'astrologie si sont deffendues. » Plus loin : « Et tout pour vray se je l'osoye dire un bon astrologien ancien ou un bon laboureur de terre et ancien si sauroit mieulx juger quel temps il fera demain que en feroyent plusieurs qui se dient astrologiens. Mais pourtant je ne dy pas que ung bon astrologien qui est expert en la science n'en saiche mieux et plus parfaictement juger : mais de mille a grant peine y en trouvera l'en ung bon. Et tiennent les astrologiens que toutes choses si viennent de nécessité, laquelle chose si est tres damnable et reprouvée selon nostre foy. Desquelles choses doncques je puis conclure que les rois crestiens et tous aultres princes crestiens en especial ne doivent pas adjouster foy a telles divinacions de astrologie. »

Fin du chapitre 186e *et dernier du premier livre.* Ce chapitre se termine ainsi : « ..... Ung prince si ne doit pas mettre son entente de faire ymaiges, et si ne doit pas estre astrologien, et si ne doit pas estudier en aulcune science mechanique, c'est a dire en aulcun mestier manuel, et si ne doit pas ung roy estre rhetoricien ne logicien. Et dit... Virgile en adreçant ces parolles au roy des Rommains : Soyes souvenant et soyes remembrant que tu faces ton peuple estre gouverné par gens saiges, prudens et discretz qui soient lettrez, par le moyen desquelz et par leur bon conseil le peuple puisse vivre en tranquillité et en paix..... Doncques le principal propos et estude d'un roy doit estre de bien regir et gouverner son peuple par le conseil des saiges par lesquelz je entens principalement les juristes, c'est assavoir qui sont expertz en droit canon et en droit civil, et es coustumes et constitucions et droitz royaulx. Par le conseil de telz doit estre le peuple instruit et gouverné et nompas par les arciens (M. Laboulaye traduit *magistri artium*, les philosophes), jaçoit ce qu'ilz ayent les principes du gouvernement du peuple, c'est assavoir de ethicques et yconomicques et de polithicques; mais ilz ont ces principes et ceste science en général tant seulement, et si n'en ont pas la pratique ne aussy ne le sçauroient ils mettre a effet, et pouvons mettre un exemple : un philosophe naturel scait bien les principes de medecine et dire les causes generalement et universalement, mais pourtant il ne

sauroit pas guerir ung malade car il n'en a pas la praticque. Et si ne croy pas que le roy de France voulsit mettre le gouvernement de sa personne quant à le tenir sain et en bon point au meilleur philosophe naturel qui soit en ce monde vivant. »

« Semblablement un philosophe moral si cognoist et scait bien les principes en général et en confus de toutes lois et de toutes constitucions, mais pourtant il ne sauroit deffendre ne juger des cas particuliers, car ce appartient seulement a un juriste ou bon coustumier qui a l'experience et la praticque des cas particuliers. Et ainsi que medecine si est la pratique de philosophie naturelle, aussi la science de droit est la praticque de philosophie morale, quant a toutes ces aultres trois parties, c'est assavoir ethicques, yconomicques et politique. Je dy doncques ainsi que le roy si ne commet pas volentiers le gouvernement de sa personne au plus saige philosophe naturel qui soit au monde vivant, aussi ne devrait-il pas commettre la charge ne la cure du gouvernement de son peuple a un philosophe moral, posé encores qu'il sceut tous les livres d'ethiques de yconomiques et de politicques. Jaçoit ce que aulcuns arciens s'y présument tant de soy car il leur est bien advis que l'en leur fait grant extorsion quant le monde si n'est gouverné par eux et par leur conseil et appellent les juristes ydiotz. Politicques a tout honneur des artifices : *Experientia est rerum magistra,* experience est mere de toutes choses : chascun voit et cognoyt par experience lesquelz sont plus idiotz les juristes ou les artistes, quant a bien et deument conseiller le gouvernement du peuple et quant a bien juger, *ex fructibus eorum cognoscetis eos,* l'en peut congnoistre ung chascun par ses fruitz et par ses œuvres. Je vouldroye doncques que chascun se tint en ses termes. Les termes et les mettes (*bornes*) des philosophes est de bailler les principes du gouvernement du peuple sans en avoir la practique ne l'exercice; mais les juristes si en ont la praticque et l'exercice, comme il a été dit et touché. »

« Cy fine le premier livre du Songe du Vergier. »

MARCEL.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

DES CONCILES D'ORLÉANS,

CONSIDÉRÉS COMME SOURCE DU DROIT COUTUMIER ET COMME PRINCIPE DE LA CONSTITUTION DE L'ÉGLISE GAULOISE.

Par M. J.-Eugène Bimbenet.

PREMIER ARTICLE.

PRÉFACE.

L'origine du droit coutumier en France est encore aujourd'hui le sujet d'une grande incertitude.

Les auteurs les plus justement célèbres, malgré l'unanimité de leurs décisions, n'ont pu faire cesser le doute à cet égard. La raison en est simple : cette unanimité est plus apparente que réelle, et ces décisions ne sont pas assez affirmatives pour attester chez ceux de qui elles émanent, une entière conviction et la faire partager.

Pour Montesquieu, Merlin, M. Laferrière et M. Guizot, les seuls dont il soit utile d'invoquer l'autorité, l'introduction du droit coutumier est une conséquence des invasions des Normands, de la barbarie dans laquelle la France fut alors plongée; et l'époque de l'adoption de cette législation est celle de l'institution de l'hérédité des fiefs.

Cependant Montesquieu admet une autre cause de l'introduction du droit coutumier, lorsque, remontant à l'établissement des Francs, il voit dans l'application de la loi salique et dans l'avantage que les Gaulois trouvaient à vivre sous cette loi, à la différence de ce qui se passait dans les parties de la Gaule soumises aux Burgundes et aux Wisigoths dont les lois traitaient aussi favorablement les Romains que ces peuples, l'origine de la décadence du droit romain [1].

Cette observation acquiert un grand poids lorsque le même auteur combattant, il est vrai, la doctrine qui tendait à faire considérer la loi salique comme constituant la loi coutumière,

[1] Au chap. 4, liv. XXVIII, intitulé : *Comment le droit romain se perdit dans le pays du domaine des Francs et comment il se conserva dans le pays du domaine des Goths et des Bourguignons.*

car de graves écrivains ont été jusque-là, reconnaît, cependant, que la loi salique doit être considérée comme le point de départ de l'expansion et de l'adoption de la législation coutumière[1].

C'est bien ainsi que l'entendaient les Capétiens et à plus forte raison, évidemment, les Mérovingiens; Philippe le Bel dans sa Charte de la constitution de l'Université d'Orléans (1312), proteste que son royaume n'est pas régi par le droit écrit, mais qu'il l'est par les usages et la coutume. *Regnum nostrum consuetudine moribusque precipuè, non jure scripto, regitur.* Il reconnaît, à la vérité, que plusieurs provinces sont soumises au droit écrit; mais il fait remarquer que c'est un effet de la tolérance des rois ses prédécesseurs et de la sienne propre, *ex permissione primogenitorum nostrorum et nostra;* et non pas pour que ses sujets soient soumis à ce droit, *non ut juribus scriptis ligentur;* mais à la coutume en s'inspirant du droit écrit, *sed consuetudine juxta scripti juris exemplar moribus introducta;* et que s'il est en vigueur dans certaines parties de ses États, ce n'est que comme un moyen d'érudition et de préparation à la saine intelligence du droit coutumier : *Juris scripti dogmata... præparant ad consuetudinum intellectum.*

Cette théorie des temps anciens, rapprochée des aperçus de Montesquieu, jette une vive lumière sur les ténèbres qui couvrent le moment où le droit coutumier s'est produit, et le fait remonter à l'époque même où la monarchie franque s'est constituée.

Et cependant Montesquieu retarde jusqu'à la Constitution féodale l'avénement de ce droit.

M. Laferrière, dans une profonde et savante discussion sur l'origine des coutumes, enseigne qu'elles n'ont d'autre origine que la féodalité, qu'elles sont étrangères et même opposées à la loi salique, et qu'elles se sont établies pendant les désordres et l'oppression des IXe, Xe, XIe et XIIe siècles; mais il reconnaît cependant que la question de l'origine des coutumes est *un grand problème historique*[2].

Merlin adoptant une seule des opinions de Montesquieu sur l'origine du droit coutumier, ne voit dans cet événement que le

[1] Chap. 12, liv. XXVIII, *Des coutumes locales.*

[2] *Histoire du droit français*, t. Ier, p. 85 et suiv.

résultat de la barbarie, conséquence de l'invasion des Normands, qui fit disparaître, avec la science de la lecture, la législation écrite[1].

Et enfin M. Guizot, seul, adopte d'une manière affirmative l'établissement du droit coutumier comme contemporain de la Constitution de la féodalité et l'attribue à la disparition du pouvoir central, principe d'unité dans les lois nationales, malgré leur diversité[2].

Cette controverse repose en grande partie sur la distinction qui a été faite entre la loi écrite et la coutume.

Mais n'est-ce pas se livrer à une véritable exagération que de prétendre établir une différence entre les lois et les coutumes, par cela seul que les premières sont écrites et que les secondes ne le sont pas?

Sans avoir la témérité de nous mêler à ceux qui ont discuté sur l'époque à laquelle la loi salique a été écrite, ne nous sera-t-il pas permis de la considérer, elle-même, comme un véritable recueil de coutumes?

Quelle que soit en effet cette époque : qu'on adopte le système de Leibnitz qui veut que cette loi ait *été faite*, pour employer l'expression de Montesquieu, avant le règne de Clovis, tandis que ce dernier auteur soutient qu'elle ne peut avoir été rédigée avant que les Francs sortissent de la Germanie, puisque ce peuple n'entendait pas alors la langue latine[3].

Qu'on fasse remonter, avec Montesquieu, la rédaction de cette loi au règne de Théodorick d'Austrasie[4], c'est-à-dire au VIe siècle, ou qu'on la date seulement de l'année 613 à l'année 628, comme l'enseigne M. Guizot[5], ou enfin qu'avec M. Pardessus, M. Laferrière et M. Eugène de Rozière, celui-ci écrivant sur Merkel, le système de Leibnitz soit définitivement consacré par la science, et que l'on considère la rédaction de la loi salique comme étant antérieure *au baptême du premier roi chrétien*[6];

[1] *Répertoire de jurisprudence* et *Esprit des lois*, liv. XXVIII, chap. 11.
[2] *Civil. en France*, t. II, p. 263.
[3] Liv. XXVIII, chap. 1er, *Caractère des lois des peuples germains*.
[4] Le même, même chapitre.
[5] Tome Ier, p. 267 et 291 (*Histoire du droit français*).
[6] *Histoire du droit français*, t. III : *Époque française*, de la page 78 à la page 86. — M. de Rozière, *Revue historique du droit français*, 1re livraison, p. 69 et suiv.

en un mot, que la loi salique soit considérée comme ayant été en vigueur seulement au moment où elle fut écrite, ou comme l'ayant été antérieurement à sa rédaction, est-il possible de la considérer autrement que comme une loi purement coutumière?

M. Guizot, et après lui M. Henri Martin, n'hésitent pas à lui reconnaître ce dernier caractère.

Le premier rattache cette loi à des coutumes recueillies et transmises de générations en générations lorsque les Francs habitaient l'embouchure du Rhin, et qui furent modifiées, étendues, expliquées et rédigées en lois à diverses reprises depuis cette époque jusqu'à la fin du VIIIe siècle [1].

M. Henri Martin pense qu'elle fut revisée de *vive voix* dans un mâl (assemblée générale) de la tribu sur laquelle régnait Clovis, et il prétend, d'après le témoignage de MM. de Savigny et Guizot, « que le texte de la loi salique n'est qu'un « extrait incomplet de la *coutume orale* écrite par un particu- « lier [2]. »

Les lois salique et ripuaire ont donc, dans cette qualification *de loi*, un titre usurpé. Quoiqu'elles ne fussent pas écrites, elles n'en reçurent pas moins cette qualification; ou plutôt on ne la leur donna pas moins quoiqu'elles ne fussent que des coutumes, alors même qu'elles furent écrites.

C'est à la définition des lois romaines l'ayant, elles-mêmes, empruntée aux lois de la Grèce, qu'il faut attribuer cette distinction très-exacte, alors, entre le droit écrit et la coutume.

Mais ce qui convient à une certaine époque ne convient pas à une certaine autre.

Le mot *loi* vient, il est vrai, du mot *lego*. Et comme la loi romaine écrite était placée en regard de certains usages dont elle admettait l'application, sa définition était rigoureusement vraie.

Elle cessa de l'être sous l'empire de la barbarie opposant, chez un peuple sans lettres, la loi qui n'avait pas besoin d'être écrite pour avoir ce caractère, au droit écrit opposé, lui-même, chez un peuple civilisé, au droit qui ne l'était pas et qui n'avait été que le complément et l'auxiliaire du droit écrit.

[1] Tome Ier, p. 269.
[2] *Histoire de France*, t. Ier, p. 139.

Et de même que les coutumes n'en ont pas moins constitué le *droit coutumier* après leur rédaction, de même les coutumes germaniques n'en ont pas moins constitué une loi sous les dénominations de salique et ripuaire, même pour les temps où elles n'étaient pas écrites.

D'ailleurs, comment accorder une importance aussi grande aux lois salique et ripuaire et même aux capitulaires que celle accordée à la loi romaine, lorsqu'on lui oppose le droit coutumier pour le distinguer du droit écrit?

Les études auxquelles on peut se livrer de ces lois en s'éclairant du flambeau que M. Guizot porte devant nous [1], apprennent qu'il est impossible de ne pas voir à quel point elles étaient insuffisantes pour régler les actes de la vie civile même la plus humble.

Si nous suivons la décomposition des chapitres et des articles de la loi salique, nous voyons, en premier lieu, qu'elle n'est qu'un *Code pénal*. Sur 408 articles, 343 sont consacrés à la pénalité, 65 seulement sont consacrés à tous les autres sujets.

Comment donc attribuer à une semblable législation le caractère de *loi* proprement dite, et ne pas lui donner comme cortége nécessaire, les usages et les coutumes sans lesquels elle n'aurait pu régler les actes de la vie civile, même celle des peuples auxquels elle était imposée?

« Aussi, dit M. Guizot (t. Ier, p. 286), son existence a-t-elle « été précaire et courte, et dès le Xe siècle, *peut-être*, elle était « remplacée par une multitude de coutumes locales auxquelles « elle avait beaucoup fourni, mais qui avaient également puisé « à d'autres sources : dans le droit romain, dans le droit ca- « non, dans les nécessités de circonstance. »

Que si ne nous arrêtant pas à la loi ripuaire, qui ne nous intéresse qu'à un moindre degré, nous passons à l'examen des Capitulaires, nous voyons que leur insuffisance était au moins aussi considérable que celle dont était viciée la loi salique pour régler, sans le complément des coutumes, le droit des personnes et des choses.

Charlemagne a rendu soixante-cinq Capitulaires, composés de 1,151 articles, dont 130 appartiennent à la législation pénale et 110 à la législation civile [2].

[1] Tome Ier, p. 271 et suiv.

[2] *Tableau analytique des Capitulaires de Charlemagne*, t. II, p. 164, 165

A ce sujet M. Guizot fait remarquer que la première de ces deux législations offre *peu d'originalité et d'intérêt*. « La légis- « lation pénale n'est guère en général, dit-il, que la répétition « ou l'extrait des anciennes lois salique et ripuaire, lombarde « et bavaroise, etc. La législation civile n'en offre guère davan- « tage en cette matière. Aussi les anciennes lois, les anciennes « coutumes continuaient d'être en vigueur, Charlemagne avait « peu à s'en mêler [1]. »

Ainsi pouvons-nous remarquer, dès à présent, que ces lois, loin de s'opposer à l'introduction des coutumes, la favorisaient.

A mesure que nous avançons dans la voie des Capitulaires, leur nombre diminue.

Louis le Débonnaire n'en publia que vingt-six, n'ayant, en tout, que 362 articles, sur lesquels 36 appartiennent à la législation pénale, et 24 à la législation civile [2].

Charles le Chauve en publia cinquante et un, en 29 articles, dont 17 appartiennent à la législation pénale, et 4 à la législation civile [3].

Louis le Bègue n'en publia que trois, en 22 articles; un seul appartient à la législation pénale, et aucun à la législation civile [4].

Carloman en publia trois, en 18 articles, dont 5 appartiennent à la législation pénale, et aucun à la législation civile [5].

Eudes n'en publia qu'un seul ne contenant qu'un seul article, rangé dans l'ordre de la *législation de circonstance* [6].

Et enfin Charles le Simple en publia trois, en 10 articles, appartenant tous et exclusivement à la *législation de circonstance* [7].

Il est vrai que pour ce qui concerne l'état des personnes et des biens, les Capitulaires se référaient à la législation cano-

et 166. Le reste appartient à la législation morale, à la législation politique, à la législation religieuse, à la législation canonique et à la législation de circonstance.

[1] Pages 171 et 172.

[2] Page 265.

[3] Pages 266 et 267.

[4] Page 267.

[5] Page 268.

[6] Page 268.

[7] Page 269.

nique [1]; et cependant les chiffres qu'on vient de produire sont une grande démonstration de ce que ces actes législatifs avaient d'insuffisant.

Aussi ne peut-on les assimiler à une véritable législation et à la loi romaine qui, malgré l'abondance de ses dispositions et son caractère civil prédominant, souffrait l'application de la coutume, tandis que les Capitulaires étaient inférieurs à la coutume elle-même, soit par leur propre nature, soit par la diversité des contrées et des classes auxquelles ils s'adressaient.

La conquête des Francs a donc eu pour effet immédiat de transporter au sein des Gaules le droit coutumier et de l'opposer au droit écrit.

Mais une révolution de cette nature ne peut être que progressive; la loi romaine universellement adoptée dans l'ancienne province soumise à la haute influence du clergé romain n'a pu en être soudainement effacée; et la substitution du droit nouveau au droit ancien a dû être lente.

C'est précisément cette lenteur qui jette quelque doute sur le moment où l'abandon du droit ancien pour le droit nouveau a dû s'opérer et qui, en même temps, permet de rechercher et de suivre cet abandon dans son œuvre préparatoire, afin de déterminer ses résultats définitifs, et d'arriver, ainsi, à reconnaître l'époque à laquelle ils appartiennent.

Pour se rendre un compte exact de cette situation il faut prendre en considération celle des deux peuples qui mettaient en présence le droit ancien et le droit nouveau.

Nous avons tâché d'atteindre ce but en étudiant la querelle qui s'est élevée, dans le monde savant, sur le caractère de la conquête et la nature des rapports qui se sont établis entre les Francs et l'épiscopat romain.

Cette querelle, si elle n'est pas résolue, est au moins résumée par Montesquieu dans sa réfutation du système de l'abbé Dubos.

Nous avons compris qu'elle devait être exposée, et qu'un choix devait être fait entre les deux opinions en s'appuyant sur les documents historiques appartenant à cette époque.

Ces documents sont les lettres de saint Avit, du pape Anastase, de saint Remi à Clovis, et celles de ce prince aux évêques

[1] Page 172.

de la Gaule, éditées par Sirmond et annotées par lui et par Binius; et les canons des conciles d'Orléans.

Ces lettres contiennent, en effet, la démonstration la plus évidente de la situation que le clergé catholique gallo-romain prit à l'égard des Francs, et de celle que les Francs prirent à son égard.

Les conciles tenus à Orléans de l'année 511 à l'année 519 sont la justification de ces situations respectives, et de celle que la conquête fit aux habitants de la Gaule.

Si ces conciles n'eussent eu d'autre but que celui de régler des matières dogmatiques ou de discipline cléricale, nous n'aurions pas abordé un tel sujet; mais ces conciles n'avaient un caractère religieux que dans la mesure des institutions de ces temps.

Alors l'épiscopat était investi d'une puissance tout à la fois spirituelle et temporelle; les malheurs de la décadence de l'empire avaient produit cet effet; l'élément civil était donc, alors, inséparable de l'élément religieux; rien de grave ne pouvait se passer dans l'ordre politique et administratif sans que les prélats intervinssent; et comme ils ne pouvaient le faire que dans la forme qui prédominait alors, les actes intéressant la constitution politique et civile des peuples ne pouvaient se produire que dans les grandes assemblées du haut clergé, seul représentant et seul mandataire de toutes les classes de la société à cette époque.

La ville d'Orléans a reçu dans ces murs ces grandes assemblées au moment où le vainqueur, qui ne l'avait été qu'à certaines conditions, traitait du sort du peuple vaincu avec ses *défenseurs*.

Ce fait historique est immense; et cependant les historiens, soit qu'ils aient entrepris de raconter les événements généraux, soit qu'ils n'aient recherché que les sources du régime légal et traité de son développement en France, ont passé à côté de ces conciles et semblent les avoir dédaignés.

Il les ont pris, sans doute, pour des réunions spéciales dans lesquelles l'épiscopat ne s'occupait que de la discipline et de l'organisation intérieure de l'Église et des monastères, c'est à ce seul point de vue que M. Guizot, lui-même, se place lorsqu'il examine rapidement quelques-uns des canons des conciles des années 511, 533 et 538.

Il n'en est pas ainsi, il est vrai, de quelques autres : Montesquieu, M. Henri Martin, M. de Petigny [1].

On remarque dans le premier ces mots qui, à eux seuls, contiennent toute une révélation de la nature des rapports qui se sont établis entre les prélats romains et les Francs : *plus les Francs furent sûrs des Romains, moins ils les ménagèrent.*

Le second, appréciant le caractère du concile tenu à Orléans au cours de l'année 511, dit qu'il fut *un véritable traité entre les deux puissances qui se partageaient la Gaule.*

Et le troisième, *en retour des libéralités dont le roi enrichissait l'Église et des larges concessions qu'il lui faisait*, y voit *des garanties qu'il avait le droit d'exiger et que l'Église s'est empressée de lui offrir* [2].

C'est donc sous les auspices de ces justes et profondes obser-

[1] *Étude de l'histoire des lois et des institutions de l'époque mérovingienne.*

[2] Depuis que ces lignes sont écrites, l'auteur a lu un ouvrage intitulé : *Histoire de l'Église de France*, publiée par M. l'abbé Guettée (1857), dans lequel se trouvent les passages suivants :

« L'action politique des évêques, aux temps mérovingiens, se manifeste « particulièrement dans les conciles ; on ne doit pas considérer ces conciles « comme des assemblées purement religieuses. A dater du premier concile « d'Orléans (511), ils sont aussi politiques que religieux, à part de rares « exceptions. — C'était dans ces conciles qu'on agitait les plus hautes ques- « tions relatives aux intérêts du pays, qu'on réglait les rapports qui devaient « exister entre les différentes races..., » etc... (T. II, p. 7 de l'introduction intitulée : *Coup d'œil général sur l'époque mérovingienne.*)

Et plus loin : « C'est pour n'avoir pas considéré l'action épiscopale sous ce « point de vue qu'on a mal interprété les décrets des conciles. » (P. 8.)

Plus loin encore, t. II, p. 73, et en cela M. l'abbé Guettée nous semble adopter une grave erreur et tomber dans une regrettable contradiction, il ajoute en parlant du concile de 511 : « Les évêques ne se proposaient pas « un but politique dans leurs décrets; mais en travaillant dans l'intérêt de « la religion, leur action eut pour résultat nécessaire la fusion des deux « races et leur civilisation. »

Et enfin : « A dater du concile d'Orléans, le premier, à proprement parler, « de l'époque mérovingienne, on ne doit plus considérer les conciles comme « assemblées purement religieuses. »

Ces appréciations viennent se réunir avec plus d'énergie encore, parce qu'elles sont plus développées que les premières, à celles ci-dessus citées ; c'est donc avec empressement qu'on les reproduit, et on le fait sans hésitation, quoique l'ouvrage de M. Guettée ait encouru la peine disciplinaire de l'*index*. Certes l'autorité de la cour de Rome est bien compétente pour décider d'une question dogmatique; mais elle ne peut atteindre les faits historiques et enlever aux actes solennels des temps passés leur véritable caractère.

vations que nous nous sommes livré à un examen sérieux de ces actes solennels.

Ce n'était pas assez d'étudier le premier de ces conciles; ceux qui l'ont suivi sont le complément indispensable de ses canons; et en effet ils nous conduisent à la solution de la grande question des conditions d'existence de ces deux peuples d'abord juxtaposés, et dont l'un devait faire passer progressivement l'autre sous sa domination.

A cet égard il semble impossible de rencontrer des éléments plus décisifs de démonstration que ceux qui nous sont offerts par ces documents.

Notre œuvre sera donc accomplie si, interprétant ces actes dans leur véritable sens, nous établissons : 1° les relations de l'épiscopat gallo-romain et du fondateur de la monarchie franke au moment où celui-ci, à la tête d'un très-petit nombre de guerriers, s'avance de la Meuse à la Somme et de la Somme à la Loire ; 2° les transformations profondes que subit le régime légal des populations gauloises du nord de la Loire attestées par le premier concile d'Orléans et par ceux qui se succèdent dans cette ville jusqu'à l'année 549.

Mais si, par la nature des institutions de ces temps, l'élément religieux a dicté la loi des deux peuples en présence, par une conséquence nécessaires il a dicté sa propre loi.

Interrogeant les événements politiques au milieu desquels l'Église gauloise agissait, nous la voyons dans un état d'isolement si absolu de l'autorité et de la direction du souverain pontificat (non encore défini il est vrai, mais dans le sentiment unanime des populations chrétiennes, déjà prédominant) qu'elle nous apparaît se constituant elle-même ; ce qu'elle n'eût certainement pas fait s'il lui eût été permis de recourir à cette autorité et à cette direction.

La nécessité à laquelle l'Église gallo-romaine obéissait alors, lui faisant une destinée différente de celle qu'elle aurait eue si elle avait dû continuer d'obéir à la loi de l'empire ou si elle eût été libre de consulter le chef de la chrétienté, devait se perpétuer : l'Église gauloise, en contractant l'habitude d'agir exclusivement par et pour elle-même, a jeté les bases d'une constitution qui lui est devenue particulière.

Et de même que les conciles d'Orléans nous montrent l'élément romain s'effaçant devant l'élément germanique, le second absorbant le premier, et la loi romaine disparaissant pour faire place à la loi salique ou au régime de la coutume ; de même aussi ils nous montrent l'autorité du Saint-Siége perdue dans les troubles de l'Italie et de la Gaule, et l'Église de cette dernière contrée se séparant, jusqu'à un certain point et dans une certaine mesure, de la métropole religieuse.

Et de même que le régime légal se développe dans des conditions d'une nature particulière, de même aussi la constitution indépendante de l'Église gauloise et le mouvement qui lui est propre se développent pour rester, à perpétuité, sa loi unique et la régir exclusivement à toutes autres Églises catholiques.

Enfin, de même que l'époque de l'introduction du régime coutumier doit être fixée à l'époque de la tenue des conciles d'Orléans, de même on doit rattacher à ces grandes assemblées de l'épiscopat gallo-romain ce qu'il a été convenu d'appeler dans la suite des temps : *les libertés de l'Église gallicane.*

Tel est le plan de ces études et tel est le double but que nous avons suivi et que nous nous sommes proposé. Dans l'accomplissement de cette tâche, nous avons respecté le conseil de M. Laferrière, et *cherché le système social qui a donné naissance aux coutumes ;* nous avons appliqué ce précieux enseignement non-seulement à cette partie de notre étude, mais encore à celle qui avait pour objet la constitution de l'Église gauloise.

Notre méthode, à cela près de ces rapprochements entre les faits généraux et les deux grands faits particuliers qui devaient en ressortir, a été simple ; elle s'est bornée à interroger les textes.

Il semblerait que tous ces éléments suffisent à l'accomplissement de la double tâche dont on vient de tracer la marche ; il reste cependant un devoir à remplir, celui de justifier cette proposition dès à présent posée : qu'aucun des conciles tenus, soit en Orient, soit en Occident, avant et depuis le concile de 511, ne contiennent même le principe des délibérations sorties de cette assemblée ; et qu'ainsi il n'y a aucune assimilation possible entre ce concile et ceux qui ont été célébrés dans le monde catholique.

Il suffit, pour accepter cette proposition, de jeter un coup

d'œil sur les titres ou résumés des canons du concile de 511[1]; le caractère particulier de ses délibérations n'est pas une des moindres démonstrations de la différence qui existe entre ce concile et ceux qui l'ont précédé et suivi dans les autres contrées, même celles de la Gaule.

Ce n'est pas assez : il est indispensable de donner une attention soutenue à ces conciles antérieurs.

Avant de fonder l'Église, il fallait fonder le dogme, et c'est à ce travail que se sont consacrés les prélats de l'Orient.

Aussi l'on doit remarquer que les conciles tenus dans le pays qui, le premier, a vu la lumière évangélique, depuis celui de Jérusalem remontant aux premiers siècles, et en y comprenant même ceux tenus en Italie depuis cette époque jusqu'à l'année 370, n'ont eu d'autre mission que de combattre les innombrables hérésies qui ont agité les temps primitifs du christianisme.

On conçoit facilement qu'un très-petit nombre de ces délibérations eussent un autre caractère que le caractère dogmatique, et plus facilement encore qu'ils n'entrassent dans aucuns détails pour la réglementation du régime légal; l'Église professait la soumission aux lois, elle rendait à César ce qui appartenait à César, et à Dieu ce qui appartient à Dieu; et les lois de l'empire n'étaient méconnues que lorsque leurs rites et leurs symboles, dont à la vérité elles étaient surchargées, se confondaient avec les principes du paganisme.

Il fallait fixer la séparation du baptême et de la circoncision, l'époque de la célébration de la pâque afin de la distinguer de la pâque judaïque; s'opposer avec ardeur à toutes les croyances, à l'expansion de tous les systèmes précurseurs de la grande hérésie arienne; et quand cette hérésie se manifesta nettement définie, il fallut réunir tous les efforts de l'orthodoxie pour refouler et anéantir le principe de la pluralité des dieux qui, sous le voile de l'adoration d'un Christ inconsubstantiel, menaçait de reprendre son empire.

Alors la partie réglementaire des conciles se réduisait à combattre le mélange des superstitions de l'idolâtrie dans les cérémonies du culte des chrétiens, ou bien à rappeler les peuples enclins aux licences permises par les cultes précédents à la

[1] V. la grande collection des conciles de Sirmond.

pureté qui devait être, surtout, la plus éclatante victoire de la loi évangélique sur le paganisme.

Et lorsque la persécution vint à sévir contre les adorateurs d'un seul Dieu manifesté à l'humanité par son Verbe, il fallut statuer sur le sort de ceux qui avaient succombé dans cette épreuve, soit en sacrifiant aux faux dieux, soit en prenant leur part des chairs immolées, ou de ceux qui avaient mérité l'imputation de *traditeur* en livrant les saintes Écritures ou les vases sacrés, ou les noms de leurs frères en religion aux persécuteurs.

Aussi tous ces conciles, quelque célèbres qu'ils soient et quelque influence qu'ils aient exercée sur la foi dogmatique, ont été insuffisants pour réglementer l'Église livrée, longtemps encore, aux dissensions et à l'anarchie.

Quelques-uns, il est vrai, ont ajouté au principe de la foi des décisions réglementaires, et le plus considérable d'entre eux, celui de Nicée, semble avoir pourvu à cette tâche; mais une grande incertitude règne à ce sujet, et il est admis sans contestation, à cet égard, qu'il ne décréta que vingt canons, concernant tous la discipline ecclésiastique ou les hérésies qu'il voulait combattre, et que s'il nous apparaît aujourd'hui dans les recueils avec un nombre bien plus considérable de décisions, elles ne lui appartiennent pas; que par le respect qu'il inspirait à la chrétienté, et pour leur donner une plus grande autorité, on a attribué à ce concile des canons absolument étrangers à ses délibérations, et qualifiés à cause de cela de *canons arabiques* du concile de Nicée.

Mais outre leur puissance légiférante et leur autorité juridique en matière de foi, beaucoup d'entre eux jugeaient les contestations nées à l'occasion des élections des évêques et des circonscriptions diocésaines.

Il arrive donc de l'examen des actes de ces assemblées que si on les considère au point de vue de leur influence sur le régime légal, il n'est aucune de leurs dispositions qui puisse être relevée comme ayant le caractère des canons des conciles d'Orléans, et particulièrement du premier.

Fleury l'avait bien compris, et nous le voyons faire une grande distinction entre les conciles étrangers à la Gaule et ceux qui ont été célébrés dans cette contrée; il consacre à ces derniers une désignation spéciale et il les qualifie de *conciles des Gaules*.

Toutes ces assemblées commencent au Ve siècle; cependant la ville d'Arles avait été, dès l'année 314, le siége de l'une d'elles; et comme à partir du Ve siècle elle a reçu trois autres conciles dans son enceinte, on a peine à s'expliquer cette distinction entre celui du IVe siècle, comme ne devant pas être mis au nombre des conciles des Gaules, et ceux du Ve ayant été célébrés dans la même ville, et compris au nombre de ceux qualifiés de *conciles des Gaules.*

Elle s'explique cependant : dans le premier il s'agissait de terminer la querelle suscitée par les donatistes de Carthage à l'évêque de cette ville, Delfius Cécilien, faussement accusé d'être un traditeur des Écritures et des vases sacrés au temps de la persécution ; et les dénonciateurs de l'évêque suppliaient l'empereur Constantin de convôquer un concile dans la Gaule pour juger ce prélat, parce que le crime de *traditeur* y était inconnu.

L'empereur réunit le concile à Rome; la décision de cette assemblée n'ayant satisfait aucune des parties, la querelle se réveilla bientôt à Carthage, et l'empereur, pour y mettre un terme, convoqua, au cours de la même année (314), le concile d'Arles. Ce concile examina la cause de Cécilien, et profita de cette occasion pour prendre vingt-deux décisions; mais le motif principal de la réunion du concile n'intéressait pas véritablement l'Église d'Occident; et l'on conçoit que malgré les délibérations canoniques du premier concile d'Arles, il ne soit pas considéré comme étant de ceux qui doivent appartenir à l'Église gauloise.

Il n'en est pas ainsi du second, réuni en 452 et 453. Il n'avait d'autre but, il est vrai, que de réglementer quelques parties de la discipline religieuse, et de combattre les restes des idolâtries très-répandues dans la Gaule méridionale; et tout l'intérêt de ces décisions était concentré sur le territoire soumis à l'autorité des prélats qui le composaient; on comprend cependant qu'il commence, avec celui tenu à Angers, la série de ce que l'on a appelé les *conciles des Gaules*, tandis que le premier, quoique tenu dans la même ville en l'année 314, soit rangé dans la catégorie de ceux qui n'appartiennent pas à cette contrée.

On remarque bien, il est vrai, parmi les canons de ce second concile d'Arles, quelques dispositions, en petit

nombre, qui peuvent être mises en rapport avec quelques-unes de ceux des conciles d'Orléans; mais, d'une part, ce ne peut être avec les canons du concile de 511; et de l'autre, on ne peut savoir si ces canons n'appartiennent pas aux conciles d'Orléans, car le deuxième concile d'Arles n'a pas un caractère bien grand d'authenticité; on ne sait pas au juste sa date, ni le nombre, ni le nom des évêques qui y ont pris part, et l'on s'accorde à penser que les canons qu'on lui attribue sont tirés d'autres conciles.

Il faut donc, dans le rapprochement à faire entre les conciles d'Orléans et les conciles antérieurs, se placer en dehors des dispositions canoniques des conciles d'Orient, d'Afrique et même d'Italie, et s'en tenir aux conciles des Gaules; et même il faut se séparer des premier et deuxième conciles d'Arles.

Il n'en sera pas de même du concile d'Angers tenu en l'année 453; quelques-uns de ses canons peuvent se rapporter, non pas à ceux du concile de 511, mais à ceux qui ont suivi celui-ci dans la ville d'Orléans jusqu'à l'année 549; et comme d'ailleurs ils n'intéressent que les détails minutieux de la discipline ecclésiastique, ils ne peuvent avoir la moindre importance pour la solution de la question que l'on examine ici.

L'ordre chronologique nous amène au concile de Tours (462). Cette qualification donnée à cette réunion de huit prélats est une grande exagération; ce n'était à vrai dire qu'un simple synode, et ses délibérations ne pouvaient avoir d'application que dans la circonscription métropolitaine; on la considère comme n'ayant eu d'autre but que de réprimer les abus et les licences introduits dans les communautés religieuses et dans la cléricature à la suite des guerres et des troubles qui désolaient la Gaule à cette époque.

Il en est de même de celui de Vennes ou Vannes, tenu à peu près en même temps, et par conséquent dans les mêmes circonstances par un plus petit nombre de prélats, et dont les canons rentrent dans l'esprit de ceux du concile de Tours; et à plus forte raison du troisième concile d'Arles, tenu par treize évêques seulement, que l'on fait, il est vrai, remonter à la même année 462, mais dont la date est très-incertaine et qui ne s'occupa que des querelles de l'école de Lérins, située dans l'étendue du diocèse de Fréjus.

Il ne reste plus d'autre concile des Gaules antérieur à celui

convoqué dans la ville d'Orléans en l'année 511, que le concile d'Agde convoqué dans cette ville en l'année 506. Certaines de ses délibérations canoniques semblent être en rapport direct avec celles du concile d'Orléans, traitant de l'administration des biens de l'Église confiés aux évêques, et pourraient, à cet égard, enlever à ce dernier le caractère spécial qu'il faut lui attribuer.

Ces observations faites et sans en abandonner les résultats, il importe de mettre en présence ces canons des conciles antérieurs à celui de 511, en quelques lieux qu'ils aient été célébrés, et les canons de ce concile lui-même, dans les parties où se trouvent réglés les biens de l'Église, aucun autre rapprochement, et particulièrement celui qui concernerait l'état des personnes et le régime légal, n'étant possible entre les canons de ce dernier concile et ceux des conciles qui l'ont précédé.

Pour atteindre le but qu'on se propose ici, il est nécessaire de reproduire les principaux textes des canons, et notamment ceux des deux conciles tenus à Carthage le premier en l'année 397 ou 98, le second en l'année 400, et ceux du concile d'Agde, en l'année 506, c'est-à-dire cinq années seulement avant le premier concile d'Orléans.

Le trente et unième canon du troisième concile de Carthage s'exprime ainsi : L'évêque usera des biens de l'Église comme dépositaire et non comme propriétaire, et l'aliénation qu'il en aura faite, sans le consentement et la souscription des clercs, sera nulle [1].

Le quatrième canon du cinquième concile tenu dans la même ville défend à l'évêque d'aliéner les biens de l'Église sans l'autorisation du primat de la province ou du concile; encore fallait-il que la nécessité de cette aliénation fût démontrée; dans le cas où le primat ne pouvait être consulté, si l'urgence était telle que la vente fût absolument nécessaire, l'évêque devait soumettre la proposition de l'opérer aux évêques voisins qui, après avoir fait une information, pouvaient autoriser la vente; et si l'évêque ne se conformait pas à cette formalité, il devait être cité devant le concile [2].

[1] « Ut episcopus rebus ecclesiæ tanquam commendatis, non tanquam propriis utatur..., » etc.

[2] « Placuit etiam ut rem ecclesiæ nemo vendat, quod si aliqua necessitas cogit, hanc insinuandam esse primati provinciæ, etc... »

Enfin le concile d'Agde contient plusieurs canons analogues à ceux qui viennent d'être cités : le sixième défend aux évêques de vendre ou de donner les oblations faites à l'Église, parce que, dit-il, ce qui est donné par les fidèles, pour le salut de leur âme, appartient à l'Église et non à l'évêque [1].

Le quatrième prononce la peine de l'exclusion de l'Église contre ceux qui retiennent ce que leurs parents ou eux-mêmes ont donné, soit à l'Église, soit aux monastères, et il les qualifie de meurtrier des pauvres [2].

Le septième, invoquant l'autorité des anciens canons, porte que les évêques ne peuvent aliéner ni les maisons, ni les vases sacrés, ni les esclaves, ni les autres biens servant à la subsistance des pauvres, et il reproduit les dispositions du canon du quatrième concile de Carthage ci-dessus cité, sur le mode de l'aliénation des biens de l'Église, en cas de nécessité.

Le vingt-deuxième s'exprime ainsi : Il est permis aux prêtres et aux clercs, soit de la ville, soit du diocèse, de retenir les biens de l'Église suivant la permission de l'évêque, sauf le droit de l'Église et sans pouvoir les vendre ou les donner, sous peine d'indemniser celle-ci sur leurs propres biens et d'excommunication [3].

Enfin le cinquante-neuvième affranchit de la prescription les biens donnés aux clercs à titre de collation [4].

Si l'on rapproche ces dispositions canoniques de celles contenues dans les cinquième, quatorzième, quinzième, dix-septième, vingt-troisième et cinquante-neuvième canons du premier concile d'Orléans, on peut, au premier abord, être frappé de quelque similitude entre les uns et les autres.

EUGÈNE BIMBENET.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

[1] « Quia hoc ille qui donat pro redemptione animæ suæ non pro commodo sacerdotis probatur offere, etc... »

[2] « Velut necatores pauperum... ab ecclesiis excludantur.

[3] « Quod si fecerint et facta venditio non valebit,... et communione privantur. »

[4] « Inque proprium præscriptione temporis non vocentur. »

DISCOURS SUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT,

Prononcé par M. Batbie,
professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris;

A LA RÉUNION DES DOCTEURS EN DROIT.

Messieurs,

Permettez-moi de faire servir notre fête[1] aux travaux dont elle est le couronnement. Quelques réflexions où je me propose de mettre en relief le but à poursuivre ne vous paraîtront pas trop sévères. Vous me les pardonneriez d'ailleurs en considération des sentiments qui les inspirent, et de l'utilité qu'elles ont pour nous tous.

La première recommandation, que je dois vous faire, s'adresse à vos cœurs; elle tend à resserrer les liens de votre confraternité.

Chaque homme trouve, au début de sa carrière, des camarades qu'il ne choisit pas et que la ressemblance des études rapproche fortuitement. A l'âge où ces amis se rencontrent, leurs âmes s'ouvrent aisément et tendent à se pénétrer avec la chaleur de la jeunesse. C'est l'époque de la vie qui développe les plus pures sympathies et les amitiés sans arrière-pensée, sans réticence, sans nuage de rivalité. Plus tard, les individualités se prononcent et deviennent exclusives; les intérêts séparent les hommes, et leur action est d'autant plus efficace que l'âme se refroidit. Les amitiés qui se forment entre les hommes mûrs sont presque toujours de tièdes relations, nouées par l'intérêt personnel, et la moindre contradiction suffit pour les renverser. Cultivez donc, avec soin, la confraternité qui vous unit; c'est, pour l'avenir, une provision d'autant plus précieuse qu'il est difficile de la renouveler quand elle vient à s'épuiser. Que jamais les succès ne vous divisent, et, quelle que

[1] Cette allocution a été prononcée au banquet que la conférence des docteurs en droit avait offert à son président, M. Batbie.

soit la destinée qui vous attende, que ceux d'entre vous, dont la carrière sera plus heureuse, soient applaudis par les autres; que ceux dont le succès sera lent profitent des progrès que les autres feront dans la vie et reçoivent l'appui des mieux favorisés. Ne vous indignez pas contre la fortune lorsqu'elle vous paraîtra sourde, et ne vous enorgueillissez pas de ses faveurs, si elle vous seconde. Efforcez-vous seulement de rétablir le niveau entre vous par la réciprocité du dévouement.

Reportons maintenant nos esprits sur les conditions intellectuelles de la carrière où je vous ai précédés. Il y a plusieurs opinions sur les devoirs qu'elle impose et les qualités qu'elle demande.

Quelques esprits étroits veulent que le professeur se borne à expliquer la loi, telle qu'elle est, et qu'il s'interdise toute observation critique, toute vue d'amélioration, toute réflexion philosophique. Cette méthode serait la négation de la science, et l'enseignement, ainsi réduit, ne dépasserait pas les bornes d'une préparation à l'examen. Ce système est approuvé des hommes timides qui, par une exagération de l'esprit conservateur, veulent qu'on respecte les dispositions bonnes ou mauvaises, sans aucune distinction.

Je ne crois pas, Messieurs, qu'il soit impossible d'allier le respect dû à la loi écrite avec les droits du libre examen. Tout en recommandant aux auditeurs d'observer les lois, tant qu'elles ne sont pas révoquées par les pouvoirs constitués, le professeur, pour peu qu'il soit habile, pourra exposer ses idées personnelles, et, pourvu qu'il s'exprime avec modération, l'autorité de la loi, comme statut positif, n'en sera pas diminuée.

Des auditeurs auxquels notre enseignement s'adresse, les uns ne dépasseront pas le cercle de la pratique. Pour ceux-là, la philosophie des lois est, si l'on veut, une superfluité par rapport à l'exercice de leur profession; mais elle conserve, au point de vue de leur valeur morale, une grande utilité, puisqu'elle relève le niveau de leur intelligence et de leurs sentiments. D'autres seront appelés, par la confiance des électeurs, à délibérer sur les lois, de telle sorte que par les futurs législateurs, formés à notre école, nous pouvons influer sur la législation comme nous agissons sur la pratique par les hommes d'affaires et les magistrats. Si la philosophie est bannie de l'enseignement du droit, qui apprendra aux législateurs de l'avenir les mérites

des lois bonnes à conserver et les vices de celles qu'il faudrait réformer?

De deux choses l'une; ils l'apprendront de nous ou de leurs études personnelles, puisque l'enseignement de la faculté est l'enseignement supérieur, et qu'au-dessus il n'y a pas d'autre degré. Eh! bien, je le demande, ne vaut-il pas mieux que la philosophie de la loi soit enseignée par des professeurs expérimentés que si elle était abandonnée au hasard des réflexions individuelles? Si ce dernier parti était le meilleur à suivre pour la philosophie du droit, il le serait pour toutes les parties de la science et il faudrait conclure à la suppression de l'enseignement. Oui, Messieurs, le professeur doit être, avant tout, un jurisconsulte philosophe, et j'ajoute que s'il abdiquait cette qualité, sa mission se réduirait à presque rien; car, il ne serait plus qu'un praticien sans pratique, et qu'un savant sans doctrine.

Ulpien disait: *Nos sacerdotes sumus*, et chacun de répéter cette phrase avec une aveugle admiration. Non, le jurisconsulte n'est pas un prêtre lié par des dogmes immuables. C'est un philosophe qui étudie le passé et le présent, le regard tourné vers l'avenir, qui fouille le sens des lois écrites pour les juger, en connaissance de cause, et préparer les améliorations dont elles sont susceptibles. S'il analyse patiemment les textes, il ne perd jamais de vue la loi naturelle, qui est la mesure des lois positives et la source de tous les progrès législatifs.

L'ambition d'un professeur, qui a quelque élévation dans l'esprit et dans les sentiments, doit être d'employer l'influence que sa position lui donne sur les jeunes générations, afin de laisser sur les hommes de son temps une trace profonde et durable. Or, pour arriver à ce résultat, il faut que le professeur ne néglige aucun des moyens d'agir sur son auditoire.

Une science solide lui est nécessaire pour acquérir l'estime et la confiance de ses auditeurs. Mais de quoi lui servira ce trésor si la sécheresse de l'exposition rebute ceux qui voudraient l'écouter? Il faut qu'à l'érudition s'allie la grâce de la parole et que la science soit servie par la chaleur oratoire. Aux jeunes auditeurs il faut parler chaudement, si l'on veut entrer avec eux dans une communication féconde.

L'intelligence humaine a été bien faite par le Créateur.

A côté de la raison qui conçoit, Dieu a placé l'imagination qui colore les idées; c'est l'association de la faculté du beau avec la faculté du vrai.

Ne brisons pas ce tout harmonieux et entretenons avec soin les deux grandes puissances de notre âme. Séparée de la raison, l'imagination n'est que la *folle des logis*; isolée de l'imagination, la raison n'est qu'un corps décharné, un dessin sans couleur; réunies, la raison et l'imagination forment le mouvement, la vie, la puissance. Un orateur, à quelque genre qu'il appartienne, est irrésistible lorsqu'il se présente à son auditoire avec l'autorité d'une haute raison et les séductions d'une imagination brillante.

Jetez vos regards en arrière et voyez quels sont les professeurs dont la postérité a retenu les noms? — A Poitiers, Boncenne a laissé un grand souvenir parce que la chaleur de l'avocat le suivait à l'école; ses élèves sentaient l'âme de l'orateur palpiter sous ses savantes leçons, et c'est à cause de cette belle alliance de l'éloquence et de l'érudition, que ceux qui vivent encore parlent de cet illustre maître avec tant d'admiration.

Vous avez tous lu les leçons de Boitard et, tous, vous êtes convaincus par cet exemple qu'un esprit élégant peut animer les plus arides sujets. Boitard, Messieurs, a eu la destinée de mourir jeune, dans la pleine lumière de son talent et de son succès, sans avoir essuyé les traits de l'envie; car, il avait le don de plaire qui attire les amitiés ardentes, dissipe les haines naissantes et entraîne l'indifférence. Tous ceux qui l'ont connu parlent de lui avec émotion, et s'accordent à dire que, le jour où il mourut, la jeunesse perdit un grand professeur et la France un des hommes qui l'auraient le plus honorée par le talent.

La faculté de Paris a eu l'honneur de compter parmi ses membres l'illustre Rossi, philosophe, économiste, jurisconsulte, grand esprit, en un mot, et j'ajoute grand citoyen. Partout où le poussèrent les vicissitudes de sa carrière politique il se manifesta par la double puissance de l'intelligence et du caractère. La Suisse, la France et l'Italie l'ont, tour à tour, compté parmi leurs hommes éminents, et déjà le pays où il était né a donné aux patries adoptives de Rossi l'exemple des manifestations en l'honneur de sa mémoire. C'est un juste hommage rendu à l'homme qui combattit pour le progrès des institutions

de son pays, passa les plus belles années de sa vie en exil (terrible peine dont les succès, obtenus loin de la patrie, ne détruisent pas l'amertume), et revint mourir sur la terre natale, martyr des idées pour lesquelles il avait souffert. Lorsque les passions politiques auront fait silence autour de ce nom, je suis assuré que la Faculté de Paris imitera l'Université de Bologne, et que dans quelques années on nous réunira autour de la statue de Pellegrino Rossi.

La puissance de Rossi, comme professeur, tenait à l'élévation de sa pensée et à la distinction de son langage.

Boncenne, Boitard, Rossi, voilà nos ancêtres et nos modèles! Il est assurément difficile de les suivre, et je reconnais que la nature leur avait prodigué des faveurs particulières; mais quand on choisit un modèle pour l'imiter, il faut le prendre haut, afin de tenir constamment son esprit en éveil. Les modèles secondaires sont peu favorables aux progrès, parce qu'ils ne provoquent que faiblement les d'efforts. Les meilleurs sont ceux qu'on appelle *inimitables*, expression qui a pour but de manifester l'admiration publique pour les hommes auxquels elle s'applique, non de décourager ceux qui sont assez énergiques pour tenter l'imitation.

Encore quelques mots, Messieurs, car j'ai à vous mettre en garde contre le plus déplorable des défauts. Croyez-moi; évitez cette forme d'enseignement qu'on appelle *scolastique* et qui pourrait se définir : l'exposition aride, sans ornement, sans mouvement, sans couleur.

Ce froid langage ne convient pas à la parole publique et moins encore à l'enseignement scientifique. L'orateur religieux ou politique et l'avocat ont pour auxiliaire l'émotion qui naît des intérêts attachés à leurs discours. Nous, au contraire, nous n'avons d'autre moyen, pour échauffer notre auditoire, que notre propre animation. N'ayant rien à attendre du dehors, obligés de tout puiser en nous-mêmes, ne recevant aucune excitation de nos auditeurs, notre premier soin doit être d'entretenir, dans nos âmes, l'ardeur pour la science et de rechercher, pour nos discours, la forme la plus propre à répandre parmi la jeunesse l'amour de la vérité. Gardons-nous de faire la guerre à la passion; il y aurait erreur à croire qu'en cherchant à l'éteindre on rend service au développement de l'intelligence. La passion, Messieurs, est une grande force pour le bien et, quand

elle est mise au service de la science, elle est pour les idées le plus puissant des remorqueurs. Cherchons donc à la diriger, non à la détruire; c'est de ce foyer que viennent l'éloquence, les grandes pensées et les belles actions, et il n'y a pas d'exemple que dans les poitrines où la passion ne grondait pas ait jamais battu le cœur d'un homme d'élite!

RÉPONSE AU MÉMOIRE DE M. JORDÃO

SUR

LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE CHEZ LES ROMAINS.

A M. le Directeur de la REVUE CRITIQUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE.

MONSIEUR,

Dans la livraison de mai 1862 de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, vous avez inséré un mémoire de M. Jordão, avocat général à la Cour de cassation de Portugal, intitulé *De la propriété littéraire chez les Romains*, et traduit du portugais par M. L. Bonneville de Marsangy, avocat à la Cour de Paris. L'auteur a bien voulu mentionner un de mes anciens travaux sur la même matière; mais il en fait, en même temps, une appréciation que j'éprouve le besoin de rectifier. — Je viens vous demander la permission de le faire, en quelques mots, dans la *Revue* même, tout en saisissant cette occasion de remercier le savant auteur du mémoire et son habile interprète de l'honneur qu'ils ont eu la bienveillance d'accorder à l'un de mes travaux personnels, remontant déjà à près de dix années.

Le Mémoire de M. Jordão se termine ainsi : « Les efforts « tentés par M. Adolphe Breulier pour nous faire admettre « l'existence chez les Romains d'une propriété littéraire régie « par le droit commun (*Du droit de perpétuité de la propriété « intellectuelle*, p. 18 et suiv.), ne prouvent qu'une chose,

« l'habileté avec laquelle ce savant avocat français a confondu « la *propriété* du manuscrit *tant qu'il n'est pas publié*, propriété « reconnue dans tous les temps et que Cicéron avait en vue « dans ce passage de sa lettre à Atticus : « Placet ne tibi pri- « mum edere injussu meo, » avec *le droit exclusif de reproduc- « tion après la publication*, qui n'était pas admis par le peuple « romain. Ce droit, comme nous aurons occasion de le dé- « montrer, n'a jamais été reconnu ni garanti jusqu'à la décou- « verte de l'imprimerie, qui vint, ainsi que le dit Villemain « (*Cours de littérature franç.*, 32e leçon, marquer l'ère de la « raison humaine. »

M. Jordão prête ici à mes efforts des intentions et une portée qu'ils n'ont jamais eues. Et d'abord, la portion de mon livre sur la propriété intellectuelle, à laquelle fait allusion l'auteur portugais, n'est qu'une rapide introduction historique, à peu près indépendante de la partie théorique de l'ouvrage, et qui avait été publiée à part, deux ans auparavant, au commencement de 1853, dans le journal *le Droit*; d'ailleurs, dans cet exposé de faits, j'ai dit et constaté moi-même que « les Grecs et « les Romains ne nous ont laissé aucune trace de prescriptions « législatives, édictées dans l'intention spéciale de reconnaître « ou de protéger le droit des auteurs. Ce n'est pas sérieusement, « ajoutais-je, qu'on pourrait vouloir tirer parti, dans ce sens, « du fait relatif au fils d'Eschyle, et raconté par le lexicographe « Suidas, ou des recherches des *plagiaristes* tels que Scellier, « Abercrombius, Salden et autres..... Comme le dit avec raison « M. Renouard, en parlant de ces érudits qui avaient fouillé « minutieusement le Digeste, dans l'intérêt de la propriété in- « tellectuelle, « tous leurs efforts n'ont pu découvrir dans le « vaste corps de droit qui, sur tant de sujets divers, contient « les décisions des lois et des jurisconsultes de Rome, autre « chose que des analyses plus ou moins éloignées. »

Il est bien évident qu'après avoir ainsi apprécié le résultat des efforts de ces savants hommes, je ne pouvais avoir la prétention de toucher moi-même le but qu'ils avaient été impuissants à atteindre.

Il est vrai qu'ensuite je m'exprime ainsi : « Mais de ce que l'an- « tiquité ne nous a pas légué de monuments d'une législation « spéciale sur la propriété littéraire, faut-il en conclure *d'une « manière absolue* que ce droit n'existait pas alors? Nous ne le

« pensons pas. » Et après avoir cité la plupart des faits et des documents reproduits par M. Jordão lui-même dans son mémoire, je poursuis et conclus : « Tout cela suppose une propriété littéraire ; « tout cela prouve que le droit existait sans conteste, s'il était « sans garantie. On doit penser ou que la propriété littéraire, à « laquelle l'imprimerie seule a donné toute son importance, n'a « pu frapper les législateurs de l'antiquité, ou bien qu'ils ont « simplement entendu laisser la protection de ce droit sous « l'empire du droit commun ; de même que c'était en vertu des « dispositions générales des lois criminelles qu'avait lieu la « répression des écarts de la liberté d'écrire. Quoi qu'il en soit, « si les anciens n'ont pas songé à la propriété littéraire pour la « protéger, il n'y ont pas pensé non plus pour la nier ou la « limiter..... »

Mais on voit, par ces citations textuelles, avec quelle réserve j'ai cru devoir parler de la question de la propriété littéraire au point de vue des législations antiques, et combien je suis fondé à répéter que M. Jordão a donné à mes recherches une intention et une portée trop absolues. En somme, je suis d'accord avec l'éminent jurisconsulte portugais sur le *silence* des lois romaines à l'égard de la propriété des auteurs, sur l'absence de garanties légales et d'importance pratique de la propriété littéraire jusqu'à l'époque de la découverte de l'imprimerie, et, des faits allégués, je tire seulement cette hésitante induction ou que la propriété littéraire n'a pu éveiller l'attention des législateurs de l'antiquité, ou qu'ils ont entendu laisser la protection de ce droit sous l'empire du droit commun.

M. Jordão me loue, ou me fait reproche (dans sa pensée c'est tout un) de l'habileté que j'aurais déployée à confondre la *propriété* du manuscrit, *tant qu'il n'est pas publié*, avec le *droit exclusif de reproduction après la publication*, la première, dit-il, reconnue dans tous les temps, la seconde non admise par le peuple romain. Je me défends également et de la recherche et de la naïveté d'une pareille confusion, et je soutiens, à mon tour, que la distinction délicate établie, avec tout le monde aujourd'hui, par M. Jordão, entre la *propriété du manuscrit non publié* et le *droit exclusif de reproduction après la publication*, est toute moderne, et ne pouvait être faite que dans ces derniers siècles ; qu'il y aurait eu, de ma part, inintelligent et palpable anachronisme à la faire intervenir dans les brouillards

des premiers âges. Le droit exclusif de reproduction, le *copyright*, tel que l'entend l'Europe contemporaine, ne constitue pas à lui seul toute la propriété des auteurs sur leurs œuvres et le mode unique de tirer un parti lucratif de leurs travaux; les exemples cités par M. Jordão et par moi le prouvent suffisamment; c'est un démembrement utile de cette propriété, le plus productif aujourd'ui, voilà tout. De ce qu'il n'était pas également avantageux dans les temps antérieurs, de ce qu'il n'y était pas praticable, de ce qu'il y serait resté inaperçu et non garanti, ce n'est pas une raison pour en conclure d'une manière absolue, comme le fait M. Jordão dans le titre même de son mémoire (textuellement : *A proprietade litteraria não existia entre os Romanos*) que la *propriété* littéraire elle-même n'existait pas chez les Romains.

Lorsque l'auteur romain vendait son manuscrit à ces fameux éditeurs du quartier Argilète, est-ce que, dans l'intention des parties, cette cession n'avait pour objet que la valeur unique du manuscrit, du travail du scribe? est-ce que cette cession ne comprenait pas quelque autre chose au delà : le droit de copie? — Il est vrai qu'en l'absence de protection spéciale et efficace, la cession de ce droit devait avoir lieu de la part de l'auteur, et être acceptée par l'éditeur aux risques et périls de celui-ci; que ce droit ne pouvait être effectivement qualifié d'*exclusif*. On vendait alors sans garantie, et une fois pour toutes, l'exploitation indéfinie de l'œuvre; il ne pouvait être, en ce temps, question de ce qu'on nomme aujourd'hui des *éditions* successives. On vendait en conséquence; le prix que les éditeurs consentaient à donner aux auteurs se ressentait malheureusement des circonstances défavorables de l'époque; mais il était, évidemment, très-supérieur à la valeur d'une simple copie. A leur tour les éditeurs, ainsi que le constate lui-même M. Jordão d'après le poëte Martial, pour faire compensation aux risques divers qu'ils pouvaient courir, faisaient payer très-cher les premières copies qu'ils tiraient de l'œuvre par eux acquise, et cherchaient à gagner 100 pour 100. Est-ce que tout cela ce n'est pas l'usage, aussi étendu qu'il pouvait l'être alors, d'une véritable *propriété littéraire?* Est-ce que si, après la vente ainsi faite, l'auteur improbe avait voulu, soit se livrer lui-même à l'exploitation par copie de son livre, soit vendre une seconde fois son œuvre à un autre éditeur, le premier acheteur n'eût pas su trouver

contre ce vendeur infidèle une protection quelconque dans le droit commun relatif aux contrats, ou dans la loi *Aquilia*, ou dans l'action *in factum*? Et, à l'égard des tiers, à défaut de lois spéciales de garantie contre ce qu'on appelle la *contrefaçon*, l'auteur et l'éditeur, chacun pour ce qui le pouvait plus particulièrement concerner, l'un pour la gloire, l'autre pour le profit, ne trouvaient-ils pas dans l'opinion publique, au moins contre le *plagiat*, des armes et des satisfactions morales qui montrent quels étaient les véritables sentiments du peuple romain en faveur des droits de l'intelligence?

Pour méconnaître ces sentiments favorables du peuple-roi, l'auteur du mémoire s'autorise bien à tort, suivant moi, des décisions diverses énoncées dans Gaïus, dans Paul et dans les Institutes de Justinien, et par lesquelles on attribuait à titre d'accession, soit la copie d'une œuvre de poésie faite sur le papyrus d'autrui, au propriétaire de ce papyrus, à la charge d'indemniser l'écrivain du prix de l'écriture; soit, au contraire, au peintre, le tableau exécuté sur la toile appartenant à une autre personne. Il n'existe, quoi qu'en dise M. Jordão, aucune contrariété logique entre ces deux décisions, et elles ne prouvent pas le moins du monde que le législateur d'une nation, relativement aussi avancée en civilisation, aurait eu le malheur d'en venir *à méconnaître ce qu'il y avait d'immatériel* dans les travaux de l'intelligence, *au point de ne voir dans un livre que la valeur matérielle du travail du scribe*. C'est bien du principe de la *prævalentia* que provenait la diversité des opinions et des décisions dans ces deux hypothèses, mais de ce principe entendu, comme l'explique M. de Fresquet (*Traité élémentaire du droit romain*), dans ce passage qu'on voit avec quelque étonnement invoqué par M. Jordão lui-même. Les jurisconsultes romains étaient mus, dans ces circonstances, par des considérations intelligentes d'amour de l'art et d'économie politique. Ils cherchaient à réduire l'*extinctio*, la destruction, devenue inévitable, aux proportions les plus minimes possibles, et surtout à éviter la disparition irremédiable d'un chef-d'œuvre. — Comme le dit M. de Fresquet (*loc. cit.*, p. 281), « dans un « corps d'écriture, le papier sera toujours considéré comme la « chose dominante...; on peut, à l'aide de la copie, faire passer « le poëme d'un parchemin sur un autre, sans qu'il y ait alté- « ration de l'œuvre poétique. Virgile, transcrit sur un papyrus,

« n'est pas différent de Virgile copié sur une autre matière. « Quand il y a, au contraire, tableau ou dessin, la *prævalentia* « se trouve dans le travail artistique. » Une pareille décision n'avait pas pour objet ni pour résultat d'attribuer au maître du papyrus la propriété du *poème*, de *l'ouvrage*, mais seulement celle de l'écriture, du *volume*; que gagnait-il à cela? Le prix d'un *exemplaire*, déduction faite de l'indemnité due au scribe; s'il s'agissait, par exemple, du livre XIII des *Épigrammes* de Martial, dans sa nouveauté, le droit d'accession pouvait ainsi faire bénéficier l'heureux propriétaire du papyrus, de *nummis quatuor*, environ 5 francs 80 centimes [1], au maximum, et il ne lui serait jamais venu l'idée de croire que la gloire, le nom et le droit de l'auteur lui avaient été adjugés en même temps et par-dessus le marché.

Ces mêmes considérations, si elles s'étaient présentées à un esprit aussi distingué, auraient assurément empêché M. Jordão de prendre trop à la lettre la spirituelle boutade du poëte que nous venons de nommer, lorsque indigné de l'indélicatesse, doublée de lésinerie, du plagiaire Fidentinus, qui récitait partout comme siens les vers de Martial, sans même avoir déboursé une obole chez l'éditeur ou l'auteur, ce dernier s'écrie avec sa verve et sa causticité espagnoles : « Achète-les, au moins, si tu veux qu'on dise qu'ils sont tiens [2]! » Si l'on entendait persister dans une interprétation plus stricte et trop *sérieuse* de ce passage de Martial, et le considérer en même temps comme reflétant l'état du droit romain en matière de propriété littéraire, on arriverait à cette conséquence juridique qu'un ouvrage aurait pu légalement avoir autant d'auteurs, à un moment donné, qu'il se serait trouvé d'acheteurs d'exemplaires, de possesseurs de copies de cette œuvre. On arriverait ainsi, là où les jurisconsultes romains ne se laissaient pas conduire volontiers... *ad absurdum*.

Je crois en avoir dit assez pour prouver que M. Jordão m'a prêté des intentions et des solutions trop absolues en faveur de la propriété littéraire dans l'antiquité, et qu'il a, au contraire, mérité lui-même le reproche d'une affirmation trop radicale dans le sens opposé.

[1] Mart., ép. 3, liv. XIII, et notes collection Nisard, p. 626.
[2] Mart., ép. 30, liv. I.

Le savant travail de M. Jordão n'en reste pas moins très-remarquable et très-digne d'intérêt. Je dois avouer, cependant, que je n'attache qu'une médiocre importance à de semblables recherches au point de vue de la science et de la philosophie du droit, en ce qui touche la question de propriété des auteurs. — Ces élucubrations peuvent avoir un vif attrait pour les archéologues ; ils n'en sauraient posséder autant pour les jurisconsultes ou les publicistes. Il ne me paraît guère plus opportun d'aller aujourd'hui consulter les Grecs et les Romains, comme de souveraines autorités, sur la question des droits des écrivains ou des inventeurs, que sur les questions de chemins de fer, de docks ou de marchés à terme. — Alors même qu'il serait vrai que le droit sacré des auteurs n'aurait laissé aucunes traces ni dans les lois ni dans les mœurs et la conscience des peuples de l'antiquité, ce ne serait pas une raison, pour les nations modernes, de refuser de consacrer un tel droit, s'il est enfin reconnu pour légitime; car, qui dit conscience, dit science. — La conscience de l'homme est en effet susceptible de développements; elle progresse avec l'humanité entière elle-même; il y a telles idées, tels principes, tels droits, qui n'auraient pu même être perçus dans le monde ancien, et qui se sont développés et enracinés avec une irrésistible puissance et une incommensurable grandeur dans les entrailles de la civilisation contemporaine : par exemple, l'immoralité et l'illégalité de l'esclavage; les questions relatives à l'émancipation des travailleurs de l'intelligence, pourraient bien aussi se trouver au nombre de celles inaperçues par les anciens, sans perdre pour cela, chez nous, aucune de leurs chances de triomphe [1].

Veuillez agréer, monsieur le directeur, l'assurance de ma considération la plus distinguée.

AD. BREULIER.

[1] Nous devons faire observer que le remarquable travail de l'honorable M. Jordão est une œuvre purement historique et littéraire, lue à l'Académie des sciences de Lisbonne, et nullement destinée à éclairer les théories actuelles sur la nature ou l'étendue du droit des auteurs ou inventeurs. C'est donc à tort que M. Breulier s'étonne que la notice par nous publiée n'ait pas d'importance au point de vue *juridique*. (*Note de la rédact.*)

BIBLIOGRAPHIE.

EXAMEN DU RÉGIME DE LA PROPRIÉTÉ MOBILIÈRE EN FRANCE,

Par H. F. Rivière, avocat, docteur en droit [1].

Compte rendu par M. Lévêque, avocat à la Cour impériale de Dijon, docteur en droit.

L'Académie de législation de Toulouse ouvrit, en 1852, un concours sur les réformes à introduire dans la législation qui régit en France la propriété mobilière. Le mémoire que M. Rivière produisit sur ce sujet fut couronné par l'Académie. L'auteur avait signalé avec une grande sagacité les vices, les défectuosités de notre droit sur cette matière importante, et indiqué les améliorations qu'il était nécessaire d'apporter dans nos lois pour les mettre au niveau des progrès accomplis. Il avait examiné et apprécié l'esprit qui avait présidé à la rédaction du Code Napoléon sur la propriété mobilière, décrit la nature et les caractères de cette propriété et les principes qui la régissent, soit lorsqu'elle appartient à des incapables, soit en la considérant dans les diverses transmissions à titre gratuit ou onéreux. M. Rivière avait parfaitement démontré que les rédacteurs du Code, sous l'influence du droit romain et de l'ancien droit coutumier, n'avaient pas fait une part assez large aux garanties que la conservation des choses mobilières en général méritait, et avaient considéré d'une manière trop secondaire le rang auquel elles avaient droit. Le mémoire de M. Rivière prouvait aussi jusqu'à l'évidence que, dans les dispositions du Code Napoléon, les meubles incorporels n'étaient pas assez distingués des meubles corporels, ce qui certainement est une grave lacune dans la loi, et la source de nombreuses difficultés.

[1] Durand, éditeur, rue des Grès.

Il montrait cette lacune se prolongeant jusque dans les dispopositions du Code de procédure civile, qui, à l'exception des rentes constituées sur particuliers (art. 636 et suiv. L. 24 mai 1842), n'a pas organisé la vente des meubles incorporels (V. M. Benech, *le Nantissement*, etc., p. 96.) M. Rivière avait enfin sollicité des réformes assez nombreuses en faveur des capitaux mobiliers décuplés par le mouvement industriel et commercial de quarante années. L'auteur avait aussi envisagé son sujet dans les rapports assez nombreux qu'il a avec le système hypothécaire, et expliqué comment il se reliait souvent aux questions considérables qui ont surgi des récents essais de révision de ce système.

Nous n'avons pas l'intention d'entrer ici dans le détail de toutes les matières intéressantes que cette composition renfermait : une plume plus autorisée que la nôtre a déjà accompli cette tâche. Un savant professeur de Toulouse, M. Benech, a analysé le mémoire de M. Rivière, et porté sur cette œuvre un jugement auquel nous nous associons entièrement. (V. *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1851-1852, p. 81 et suiv.)

Nous devons cependant dire qu'avant de livrer son travail à l'impression l'auteur a réparé quelques omissions et ajouté une dissertation sur le prêt à intérêt, dans laquelle il examine avec le plus grand soin la question de savoir si le taux de l'intérêt de l'argent doit être fixé par la loi, ou si, au contraire, il ne doit pas être abandonné à la liberté des conventions, importante et difficile question dont le sénat est aujourd'hui saisi par voie de pétition.

Le travail que M. Rivière avait présenté à l'Académie se renfermait, comme on le voit, dans les limites de la législation civile; mais l'auteur, en poursuivant ses investigations, a abordé le domaine de la législation commerciale, et complété ainsi son œuvre, puisque, comme il le fait très-bien observer, les opérations commerciales n'ont pour objet que des valeurs mobilières et que c'est en vue de ces valeurs que les règles du Code de commerce ont été édictées.

L'actualité de cette seconde partie de l'ouvrage ne peut être contestée, surtout depuis que l'attention publique est éveillée par les discours récents de deux honorables magistrats qui ont proclamé la nécessité de réformer notre loi commer-

ciale [1]. Aussi, c'est principalement à ce point de vue que nous venons aujourd'hui entretenir de l'ouvrage de M. Rivière les lecteurs de cette *Revue*.

Après avoir consacré un paragraphe à des observations générales sur les causes de l'imperfection de notre Code de commerce, et expliqué comment il se fait que plusieurs dispositions de ce Code ne sont pas en rapport avec le mouvement commercial et industriel de notre époque, le savant jurisconsulte aborde les matières du droit commercial qui lui paraissent exiger des réformes: il passe successivement en revue : 1° *la vente commerciale*, le plus usuel de tous les contrats commerciaux et auquel un seul article du Code de commerce (l'art. 109) est consacré; 2° *le nantissement en matière commerciale*, contrat qu'il serait utile de soumettre à des formes plus promptes et moins compliquées que celles du droit civil ; 3° *le compte courant*, qui offre de si grand avantages au commerce et dont le Code de commerce se borne pour ainsi dire à prononcer le nom (V. art. 575); 4° *les effets de commerce*, tels que la lettre de change sur laquelle les législations étrangères ont des dispositions plus favorables à la circulation, au crédit, que les dispositions de notre Code de commerce; *le billet à domicile* sur la nature et les effets duquel la jurisprudence renferme tant de décisions divergentes; 5° *l'intérêt en matière de commerce, le droit de commission et l'escompte*, matières qu'il est nécessaire de régler par des textes plus précis, si l'on désire mieux favoriser le mouvement des capitaux; 6° la question de l'unité ou de la multiplicité des *banques*, immense problème dont l'auteur esquisse l'histoire et les éléments principaux en faisant concorder sa solution avec celle qu'il adopte au sujet de la liberté du taux de l'intérêt; 7° *les effets publics* sur lesquels le Code de commerce avait promis des règlements (art. 90), et qui sont restés sous l'empire d'une législation chaque jour éludée ou enfreinte par les officiers publics; 8° enfin, *les assurances*, contrat destiné à protéger la propriété, à favoriser le crédit, et sur lequel les publicistes ont depuis longtemps sollicité l'attention du législateur.

[1] V. M. Dentère, discours 6 juillet 1861, lors de l'installation des nouveaux juges du tribunal de commerce de la Seine; M. Bianche, discours de rentrée de la Cour de cassation, du 4 novembre 1861.

Nous devons nous borner à cette simple nomenclature des principales matières traitées dans la seconde partie de l'*Examen du régime de la propriété mobilière*. En recourant à l'ouvrage les lecteurs trouveront sur tous ces sujets des discussions intéressantes, des aperçus ingénieux et de précieux conseils à suivre lors de la réformation de notre loi commerciale.

Les observations de l'auteur nous ont paru empreintes de cet esprit de progrès et de modération qui caractérise ses autres travaux. S'il se décide à demander des réformes, c'est parce qu'il les croit indispensables à la prospérité du commerce et de l'industrie. Quelques jurisconsultes, dans le but de maintenir le *statu quo*, et pour appliquer la loi sur plusieurs points, ont imaginé des théories très-savantes, très-ingénieuses, et qui semblent, en effet, favoriser les intérêts industriels et commerciaux ; mais leurs doctrines n'ont point rallié les esprits : « Quand on a voulu assujettir les transactions commerciales aux préceptes souvent peu élastiques du droit civil, dit M. Rivière, on n'a pas tardé à s'apercevoir que les décisions, bien que fondées en droit, étaient contraires aux intérêts du commerce ; qu'ils étaient gênés, entravés par la formule du droit commun. Pour rendre à ces intérêts toute la franchise de leur allure, on a essayé de les placer sous la protection de règles qui conduisent à des solutions plus favorables au commerce, mais qui, selon nous, ont le défaut très-grave de n'être pas conformes à la loi. Ne valait-il pas mieux reconnaître l'insuffisance des dispositions de nos Codes, l'omission du législateur et la constater, en sollicitant sa toute puissante intervention ? »

Voilà ce que disait M. Rivière dans la conclusion de son remarquable ouvrage (p. 340), et ces paroles ont aujourd'hui plus d'un écho. En démontrant comment les dispositions de notre législation commerciale ne sont pas toujours en harmonie avec les habitudes, les nécessités du commerce, comment ces dispositions ne favorisent pas assez la circulation, le mouvement des capitaux, le crédit, notre savant confrère a rendu à la science un service incontestable, et nous l'en félicitons.

Enfin l'ouvrage est précédé d'une introduction historique dans laquelle l'auteur retrace les principaux faits qui ont influé sur les destinées de l'industrie manufacturière et com-

merciale, et donne un aperçu de la propriété mobilière dans l'ancienne France. Ces prolégomènes, écrits avec une élégante simplicité, n'offrent pas moins d'intérêt que le corps de l'ouvrage, sur lequel nous avons voulu attirer l'attention de tous ceux qui désirent l'amélioration et le perfectionnement de nos lois.

H. F. LÉVÊQUE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence.

Par M. Léon Aucoc, maître des requêtes au Conseil d'État.

VOIRIE URBAINE. — RUES DES VILLES ET VILLAGES. ALIGNEMENTS INDIVIDUELS EN L'ABSENCE DE PLANS GÉNÉRAUX. POUVOIRS DU MAIRE. — LIMITES DE CES POUVOIRS.

Il est quelques matières du droit administratif où la jurisprudence a plus souvent à compléter la loi et à la faire, pour ainsi dire, qu'à l'interpréter et à l'appliquer. La matière de la voirie et en particulier de l'alignement est de ce nombre. Ce caractère spécial de la législation donne d'autant plus d'intérêt aux décisions qui modifient les traditions établies par les arrêts, à défaut de règle posée par la loi. C'est à ce titre que nous croyons utile de signaler un arrêt récent du Conseil d'État (5 avril 1862, *Lebrun*) qui restreint d'une manière notable le droit, que la jurisprudence antérieure du Conseil adoptée par l'administration, et consacrée, au point de vue de la sanction pénale, par la Cour de cassation, avait reconnu aux maires, de donner l'alignement aux propriétaires riverains des rues des villes et villages, en l'absence de plans généraux d'alignement approuvés par l'autorité supérieure.

La meilleure manière de faire ressortir la portée de cette décision, dont on aperçoit aisément l'intérêt pratique (car on sait qu'il y a peu de villes et surtout de villages pour lesquels les alignements soient réglés par des plans généraux), est, ce nous semble, de suivre la marche de la jurisprudence sur cette question. On verra dans cet exposé les motifs par lesquels le Conseil a été amené à établir une règle nouvelle, qui donne plus de garanties aux droits privés sans compromettre l'intérêt public.

Il n'est pas besoin d'insister beaucoup pour établir que les riverains des voies publiques ne peuvent pas être libres d'établir leurs constructions le long de ces voies en suivant la direction et sur l'emplacement qui leur paraît le plus convenable. Il importe au contraire que l'administration puisse amener dans

la suite des constructions qui bordent les rues, une régularité qui n'est pas seulement nécessaire dans l'intérêt de la circulation publique, mais qui l'est encore au point de vue de la propreté, de la salubrité et de la sécurité publiques.

C'est afin de pourvoir à ces divers intérêts que l'édit de décembre 1607 et plusieurs autres règlements rendus avant 1789, notamment l'arrêt du conseil, du 27 février 1765, avaient interdit aux riverains des rues d'élever des constructions le long des voies publiques sans avoir obtenu l'autorisation et l'alignement du grand voyer, des trésoriers de France et autres fonctionnaires chargés de la voirie.

La loi des 19-22 juillet 1791, titre 11, art. 29 a maintenu *provisoirement* les anciens règlements relatifs à la voirie. Les attributions conférées au grand voyer et aux trésoriers de France ont été dévolues à d'autres fonctionnaires et, en ce qui touche la voirie des villes, bourgs et villages, leurs pouvoirs ont été donnés aux maires par la loi du 14 décembre 1789, art. 50, et par celle des 16-24 août 1790, titre 11, art. 3, qui comprend parmi les objets de police confiés à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux « tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques. » L'article 10 de la loi du 18 juillet 1837 rappelle et confirme les dispositions de ces lois en disant que « le maire est chargé, sous la surveillance de l'administration supérieure.... de la voirie municipale. »

Mais les administrations municipales, à qui il appartient de donner l'alignement, peuvent-elles exercer ce pouvoir dans une pleine liberté, sans autre règle, sans autre guide que leur appréciation des besoins de la viabilité? Un pouvoir semblable ne laisserait pas que d'être inquiétant pour la propriété privée. En effet, donner l'alignement, ce n'est pas simplement indiquer la limite qui sépare la voie publique de la propriété riveraine, de façon à empêcher le riverain d'empiéter sur la voie publique. En fait, l'alignement peut quelquefois se borner là; mais le droit de l'autorité publique va plus loin. L'édit royal de décembre 1607, qui est toujours en vigueur, charge le *grand voyer ou ses commis* de « pourvoir à ce que les rues s'embellissent et élargissent au mieux que faire se pourra et de redresser les murs où il y aura ply ou coude. » L'alignement n'est donc pas une simple délimitation de la voie publi-

que dans son état actuel, c'est une délimitation qui peut fixer à nouveau cet état et avoir pour résultat d'élargir la rue ou de la rétrécir, et dans les deux cas la propriété riveraine se trouve affectée ; car en cas d'élargissement de la rue, la construction doit reculer ; en cas de rétrécissement, elle doit avancer, et d'après l'article 53 de la loi du 16 septembre 1807, si le propriétaire riverain de la voie publique ne veut pas acquérir la portion de la rue qui en est détachée par suite de l'alignement, l'administration peut l'exproprier [1].

Ainsi, par un simple arrêté d'alignement, le maire pourrait enlever à un propriétaire une portion de sa propriété ou le forcer, sous peine d'être exproprié, à acquérir une portion de la voie publique.

En principe le législateur a voulu qu'il n'en fût pas ainsi, que des plans généraux fussent dressés et que ces plans fussent soumis à l'autorité supérieure. Et il l'a voulu non-seulement dans l'intérêt de la viabilité, pour assurer la régularité des rues, mais aussi dans l'intérêt de la propriété privée, pour éviter qu'on lui imposât des sacrifices inutiles. L'article 52 de la loi du 16 septembre 1807 dispose que dans les villes, les alignements pour l'ouverture des nouvelles rues, pour l'élargissement des anciennes qui ne font point partie d'une grande route.... seront donnés par les maires, *conformément aux plans* dont les projets auront

[1] Quand on considère la gravité des conséquences de l'alignement, on ne doit pas être surpris que le Conseil d'État ait constamment cherché à donner à la propriété privée, qui peut se trouver si sérieusement atteinte, les garanties les plus étendues, et par exemple qu'il ait décidé que l'indemnité due aux riverains dans le cas où une partie de leur propriété leur est enlevée et celle qu'ils doivent à la commune quand ils acquièrent une portion de la voie publique, qui leur est cédée, doit être réglée par le jury comme dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. (Voir notamment l'arrêt du 7 janvier 1853, *Lecoq*). — M. Serrigny (*Questions et traités de droit administratif*, p. 74) combat ces traditions du Conseil. Il croit qu'on a fait une confusion regrettable entre l'expropriation et l'alignement, qu'il ne considère que comme une espèce de délimitation et de bornage. Mais, on vient de le voir, c'est un bornage qui a un caractère bien exceptionnel et souvent plus rigoureux que l'expropriation elle-même ; car si un propriétaire est exproprié pour l'élargissement d'une rue, il sera indemnisé à raison de la valeur du bâtiment aussi bien qu'à raison de la valeur du terrain ; si au contraire la maison est frappée d'alignement au moment où il la reconstruit, il n'aura droit à indemnité, d'après l'article 50 de la loi du 16 septembre 1807, que pour la valeur du terrain délaissé.

été adressés aux préfets, transmis avec leur avis au ministre de l'intérieur et arrêtés en Conseil d'État.

Cette disposition ne paraissait s'appliquer qu'aux villes. Et à défaut de définition donnée par la loi, la jurisprudence de l'administration, fondée sur une circulaire du ministre de l'intérieur, du 17 août 1813, avait considéré comme telles les communes ayant une population agglomérée de 2,000 âmes et au-dessus. La loi du 18 juillet 1837, qui range parmi les dépenses obligatoires des communes les frais des plans d'alignement (art. 31, 18°) sans rappeler la distinction établie entre les villes et les autres communes, a permis de généraliser la règle. Et bien que le ministre de l'intérieur ait indiqué, après la promulgation de la loi, qu'il n'entendait pas user dans toute sa latitude du pouvoir de coercition que lui était donné à l'égard de toutes les communes, il avait cependant admis qu'il était utile d'arrêter l'alignement des rues des villages; mais dans ce cas, au lieu d'exiger les formalités prescrites par les instructions ministérielles pour l'exécution de la loi de 1807 et les dépenses qu'entraînait la préparation des plans à soumettre à l'approbation du chef de l'État, il laissait aux préfets, conformément à un avis du comité de l'intérieur du Conseil d'État en date du 23 février 1844, le soin de faire dresser par les agents voyers et d'approuver les plans d'alignement. La Cour de cassation avait sanctionné cette pratique par un arrêt du 30 janvier 1847 (*Baffoy*)[1].

Le décret du 25 mars 1852, sur la décentralisation administrative (tableau A, 50), a donné désormais aux préfets seuls le pouvoir d'homologuer les plans d'alignements.

Mais il a fallu et il faut encore du temps pour que les plans d'alignement soient dressés dans toutes les communes. Que doit faire le maire quand il n'existe pas de plan? son pouvoir est-il complétement paralysé?

La question s'est posée aussitôt après la promulgation de la loi du 16 septembre 1807. La première pensée de l'administration avait été que la rédaction des plans avait une telle importance qu'il fallait interdire aux maires de délivrer l'alignement s'il n'existait pas un plan approuvé. Elle espérait en même temps, par la menace de cette interdiction, exciter le zèle des

[1] V. aussi Davenne, *Traité pratique de voirie urbaine*, p. 88.

administrations municipales et les amener plus promptement à dresser les plans. Un décret du 27 juillet 1808 n'avait donné aux maires qu'un délai de deux ans pour la mise à exécution des prescriptions de l'article 52 de la loi du 16 septembre 1807. Pendant ce temps, les maires étaient autorisés à donner des alignements, après l'avis des ingénieurs et sous l'approbation des préfets; mais ce délai ne fut pas suffisant : on dut le renouveler et le proroger successivement par décisions royales du 29 février 1816 et du 18 mars 1818 jusqu'au 1er mai 1819.

Puis l'administration, qui ne pouvait réussir à vaincre l'inertie des administrations municipales, s'aperçut que la viabilité publique serait compromise si, à défaut de plan approuvé, les maires se trouvaient privés du droit de délivrer l'alignement. Les comités réunis de l'intérieur et de législation du Conseil d'État furent consultés sur la question, et le 3 avril 1824, ils émirent l'avis « que l'article 52 de la loi du 16 septembre 1807, qui statue que, dans les villes, les alignements seront donnés par les maires, conformément aux plans dont les projets auront été adressés aux préfets, transmis avec leur avis au ministre de l'intérieur et arrêtés en Conseil d'État, n'avait pu avoir pour effet de suspendre, en attendant la confection desdits plans, toute surveillance de l'autorité municipale sur les constructions et reconstructions à faire par les particuliers ;

« Que, dans ce cas, il y avait toujours lieu par les maires de procurer l'exécution des anciens règlements de voirie, formellement maintenus par l'article 29 du titre 1er de la loi du 22 juillet 1791, et dont l'application était confiée à des juridictions supprimées que l'autorité municipale remplace en cette partie;

« Que, de plus, les maires étaient investis par l'article 46 du titre 1er de la loi du 22 juillet 1791, du droit de faire des arrêtés sur les objets de police confiés à leur surveillance, parmi lesquels l'article 3 du titre 11 de la loi des 16-24 août 1790 avait placé la petite voirie..... »

La conclusion de l'avis était « que dans les villes, bourgs et villages où il n'existe pas de plan général d'alignement arrêté en Conseil d'État, le droit de donner des alignements appartient au maire, sauf recours au préfet et successivement devant le ministre de l'intérieur et le Conseil d'État; que le maire peut, en conséquence de ce droit, faire reculer les constructions dans

un intérêt d'assainissement, de sûreté et d'amélioration locale, sous la réserve du règlement d'indemnité pour la perte du terrain..... »

Ce système a été consacré par une longue jurisprudence de la Cour de cassation, qui a constamment décidé, d'une part, que les arrêtés d'alignement pris par les maires, en l'absence de plans généraux approuvés par l'autorité supérieure, étaient rendus dans la limite des pouvoirs attribués à l'autorité municipale, et par suite devaient être exécutés sous les peines portées par l'article 471 du Code pénal; d'autre part, et par voie de conséquence, qu'il en était de même des arrêtés par lesquels les maires, en l'absence de plans généraux d'alignement, refusaient d'accorder aux propriétaires riverains l'autorisation de faire des réparations confortatives à leurs maisons, et frappaient ainsi ces maisons de la servitude d'alignement. (Arrêts des 6 sept. 1828, *Jullien*; — 18 sept. 1828, *Daroles*; — 20 juin 1829, *Bicheux*; — 18 juin 1831, *Falques*; — 6 oct. 1832, *Besins*; — 8 août 1833, *Langlois*; — 31 août 1833, *Déchelle*; — 10 mai 1834, *Langlois*; cet arrêt a été rendu par les chambres réunies; — 3 oct. 1834, *Fourneaux*; — 6 juillet 1837, *Giraud*, rendu par les chambres réunies; — 3 janvier 1841, *Lieutard*; — 14 février 1845, *Mauperin-Tondeur*; — 30 janvier 1847, *Baffoy*.) Mais le grand nombre de ces arrêts, qui presque tous cassent les décisions des tribunaux de police ou des tribunaux correctionnels déférées à la Cour, montrent quelle résistance cette doctrine avait rencontrée de la part des juridictions inférieures.

Le principal argument des décisions attaquées devant la Cour de cassation était que l'article 52 de la loi du 16 septembre 1807 ne laissait plus aux maires le droit de délivrer des alignements qu'autant qu'il existait des plans généraux approuvés par l'autorité supérieure; que cette intention résultait encore expressément des décrets et décisions royales de 1808, 1816 et 1818, qui avaient successivement fixé et prorogé le délai imparti aux maires pour dresser les plans généraux.

La Cour de cassation a répondu que le pouvoir des maires résulte des dispositions de l'article 50 de la loi du 14 décembre 1789, de l'article 3 du titre 11 de la loi des 16-24 août 1790, et de l'article 10 de la loi du 18 juillet 1837; que l'article 52 de la loi du 16 septembre 1807, en prescrivant qu'il fût dressé des

plans d'alignement, n'a pas par là même suspendu, pendant le temps nécessairement long qui devait s'écouler jusqu'à l'achèvement des plans, les pouvoirs que la législation alors existante attribuait aux maires, et que le décret du 27 juillet 1808 et les décisions royales des 29 février 1816 et 18 mars 1818 ne sont que des actes intérieurs d'administration qui n'ont pu enlever aux maires le droit qu'ils tenaient de la loi.

Et elle n'a jamais admis qu'il fût possible d'établir un moyen terme entre la liberté illimitée laissée aux propriétaires riverains et le droit pour les maires non-seulement de faire respecter le domaine public, mais de pourvoir à la régularisation et à l'embellissement des rues.

De son côté, le Conseil d'État statuant au contentieux a, dans plusieurs arrêts, reconnu aux maires les mêmes pouvoirs.

La question s'est présentée sous différentes formes. La première fois, c'est à l'occasion d'un recours formé contre une décision du ministre de l'intérieur, qui annulait un arrêté d'alignement délivré par le maire de Saint-Étienne en l'absence de plan général d'alignement. Le ministre s'était fondé sur ce qu'il s'agissait, non pas de redresser ou d'élargir une rue ancienne, mais d'ouvrir une rue nouvelle. Selon lui, il ne pouvait, dans ce cas, être procédé par voie d'alignement. Le Conseil d'État n'a pas contesté au fond la doctrine du ministre, qui était au contraire conforme à ses traditions, mais il a décidé qu'aux termes du décret du 27 juillet 1808, ce n'était pas au ministre qu'il appartenait de statuer sur les réclamations qu'avait soulevées l'arrêté du maire. Et en même temps visant la loi des 16-24 août 1790, celle des 19-22 juillet 1791, celle du 16 septembre 1807 et le décret du 27 juillet 1808, il a reconnu que l'autorité municipale avait le droit de donner l'alignement, lors même qu'il n'existait pas de plan approuvé. « Considérant, porte la décision du Conseil, qu'aux termes du décret ci-dessus visé (du 27 juillet 1808), dans les villes où il n'existe pas de plan d'alignement régulièrement approuvé suivant les formes prescrites par l'article 52 de la loi du 16 septembre 1807, il appartient aux maires de donner des alignements partiels sous l'approbation des préfets, et qu'en cas de réclamation de la part des tiers intéressés, il doit y être statué par nous en notre Conseil d'État sur le rapport de notre ministre de l'intérieur,

ce qui n'a pas eu lieu dans l'espèce. » (*Arr. Cons.*, 4 novembre 1836, *Gaucher*.)

Disons immédiatement que la question de compétence du ministre a été résolue d'une manière différente après le décret de décentralisation du 25 mars 1852. Dans un arrêt du 19 juillet 1855 (*Crouzet et Sensalva*), le Conseil a reconnu que le décret de décentralisation, en dessaisissant le chef de l'État du pouvoir d'approuver les plans d'alignement des villes et en déléguant ce pouvoir aux préfets, a rendu impossible l'application de la disposition du décret du 27 juillet 1808, relative aux réclamations contre les alignements partiels délivrés par les maires en l'absence de plans approuvés; qu'en effet, si le chef de l'État continuait à statuer sur les alignements partiels, ses décisions pourraient se trouver contredites ou annulées par les arrêtés des préfets contenant approbation des plans généraux; qu'en conséquence le seul recours ouvert aux parties contre les décisions des préfets, prises sur des alignements partiels, est le recours devant le ministre de l'intérieur, conformément à l'article 6 du décret du 26 mars 1852.

Dans d'autres affaires, les recours étaient dirigés contre des arrêtés de maires, approuvés par les préfets, qui délivraient des alignements par suite desquels les riverains étaient obligés de reculer leurs constructions ou autorisés à les avancer. Dans le premier cas, c'étaient les propriétaires des maisons frappées par l'alignement qui réclamaient. Dans le second cas, c'étaient les propriétaires des maisons situées du côté opposé de la rue. Le Conseil a décidé que les arrêtés d'alignement ne pouvaient être discutés devant lui au fond par la voie contentieuse; mais il a déclaré que les maires avaient agi dans la limite de leurs pouvoirs. L'unique fondement de ces décisions, du moins le seul qu'elles font connaître, c'est le texte du décret du 27 juillet 1808, invoqué dans l'arrêt de 1836 que nous venons de citer, et qui se trouve intégralement reproduit, moins quelques mots qui ont cependant leur importance. (*Arr.* 29 déc. 1840, *veuve Hervé*; — 18 avril 1845, *Cassaing C. la ville de Toulouse*; — 18 avril 1850, *Ryberolles*.)

Nous avons déjà dit que le décret du 27 juillet 1808, en disposant que les alignements donnés par les maires seraient exécutés jusqu'à ce que les plans d'alignement eussent été arrêtés en Conseil d'État, ajoutait : « et au plus tard pendant deux

années, à compter de ce jour. » On voit que le Conseil d'État a fait abstraction de la disposition relative au délai. Il n'a voulu voir dans le décret que la disposition qui avait reconnu qu'il était nécessaire de faire délivrer les alignements par les maires, lors même que les plans généraux n'auraient pas été dressés [1].

Mais on s'est retrouvé en face des inconvénients que le législateur avait voulu éviter lorsqu'il avait prescrit de dresser des plans d'alignement.

Ainsi que l'indique M. Davenne dans son *Traité de la voirie urbaine* (p. 49), « aucune règle de conduite n'est tracée aux maires pour la direction à donner aux alignements qu'ils délivrent individuellement en l'absence d'un plan approuvé. C'est à leur discernement, à leur appréciation éclairée des besoins et des intérêts locaux qu'est remis le soin de prendre à cet égard les dispositions les plus convenables, en faisant la part des légitimes exigences de l'utilité publique et des justes ménagements dus aux droits de la propriété privée. »

Or on aperçoit facilement combien les appréciations peuvent varier en pareille matière. Nous ne parlons pas de l'influence que les sympathies ou les haines personnelles viendraient à exercer sur les décisions des maires; de pareils abus ne sauraient se présenter que dans des cas très-exceptionnels. Mais, avec les intentions les meilleures, les maires peuvent, par suite d'études successives et de réclamations qu'ils reconnaissent fondées, modifier les projets de plans qui servent de base à leurs décisions isolées. Des changements dans le personnel des administrations municipales peuvent amener des modifications plus considérables encore dans les projets d'amélioration de la viabilité publique. Et ces modifications successives ne seront pas

[1] Cette doctrine a été combattue par plusieurs auteurs dont la plupart, il est vrai, avaient écrit avant que la jurisprudence se fût établie, notamment Proudhon, *Traité du domaine public*, t. I, n° 410. — Garnier, *Traité des chemins*, p. 358. — Henrion de Pansey, *Du pouvoir municipal*, chap. VIII. Ces auteurs n'accordent au maire que le droit d'empêcher les empiétements sur le sol de la voie publique; ils lui refusent le droit d'alignement proprement dit dans toute son étendue.

Les auteurs qui ont écrit le plus récemment adoptent la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Nous citerons entre autres Davenne, *Traité de la voirie urbaine*, n° 39. — Féraud-Giraud, *Traité des servitudes de voirie*, t. I, p. 97. — Serrigny, *Questions et traités*, p. 106. — Dufour, *Droit administratif appliqué*, 2e édition, t. VII, p. 432.

moins préjudiciables à la régularisation du tracé des rues qu'aux intérêts des propriétaires dont les maisons à peine bâties se trouveront implicitement frappées de nouveau de la servitude d'alignement.

Il n'y a même pas de règles tracées par la législation au sujet des formes dans lesquelles doit s'exercer le pouvoir des maires. Seulement le ministre de l'intérieur, dans une circulaire en date du 23 avril 1841, leur recommande de faire précéder leurs arrêtés de l'enquête et des autres formalités prescrites par l'ordonnance du 23 août 1835, pour les travaux qu'il s'agit de déclarer d'utilité publique.

En outre, la Cour de cassation a jugé que l'action du maire est ici indépendante du Conseil municipal, parce qu'il agit dans le cercle de ses attributions de police (*arr.* 6 avril 1837, *commune de Decise C. Cartier*), et cette jurisprudence s'est maintenue, malgré les dispositions de l'article 19, 7° de la loi du 18 juillet 1837, qui appelle le Conseil municipal à délibérer « sur l'ouverture des rues et places publiques et sur les projets d'alignement de voirie municipale [1]. »

Aussi le Conseil d'État, frappé des inconvénients qui pouvaient résulter d'une semblable autorité donnée au maire seul, avait, dès 1834, jugé que le pouvoir du maire ne pouvait s'exercer que pour des alignements individuels; que lorsqu'il s'agissait, non plus de délivrer l'alignement pour une maison isolée, mais d'une mesure qui s'étendait à plusieurs maisons contiguës, par exemple de l'agrandissement d'une place ou de l'isolement d'une église, il ne suffisait pas d'un arrêté du maire pris sous l'approbation du préfet, qu'il fallait un plan arrêté par le chef de l'État dans les formes prescrites par l'article 52 de la loi du 16 septembre 1807 (*Arr. Cons.*, 25 juillet 1834, *Gressent et Deshaies C. Pivain;* — 10 septembre 1835, *ville de Bordeaux C. Fabre de Rieunègre.*)

Mais ces décisions, en restreignant les inconvénients, ne les faisaient pas disparaître. La logique devait même conduire le Conseil d'État à pousser jusqu'au bout l'application du principe qui inspirait ces décisions. Il est évident, en effet, que dans presque tous les cas un alignement pour une seule maison ne

[1] M. Serrigny a critiqué cette jurisprudence. (*Questions et traités de droit administratif*, v° *Alignement*, p. 112).

peut être donné que par application d'un plan qui comprend toutes les maisons de la même rue ou d'une portion de rue, et qui est arrêté dans la pensée du maire, s'il n'est pas encore établi sur le papier. Il faut même qu'il en soit ainsi pour que le pouvoir du maire soit raisonnablement exercé, et le ministre de l'intérieur l'a indiqué dans la circulaire précitée du 23 avril 1841. Dès lors, tout alignement donné même pour une seule maison sera l'exécution d'une mesure qui s'étend à plusieurs maisons contiguës et, d'après les arrêts que nous venons de citer, il ne devra plus suffire dans ce cas d'un arrêté du maire.

D'ailleurs, puisque le maire est censé appliquer un plan arrêté dans sa pensée, pourquoi ne pas soumettre ce plan au Conseil municipal, conformément à l'article 19 de la loi du 18 juillet 1837 et ensuite à l'autorité supérieure? S'il paraît trop onéreux de dresser un plan général d'alignement pour toutes les rues de la commune, ou si le temps presse, on se bornera à faire un plan partiel pour la rue dans laquelle se trouve la maison en vue de laquelle l'alignement est demandé.

Ces considérations devaient d'autant plus frapper le Conseil d'État que la seule objection qu'on aurait pu opposer à ce système, à savoir la crainte des retards que pouvait entraîner la nécessité d'une approbation par l'autorité centrale, a disparu depuis le décret du 25 mars 1852, qui, ainsi que nous l'avons déjà rappelé, donne aux préfets le pouvoir d'approuver les plans d'alignement. Aussi le Conseil a cru sage de revenir sur l'ancienne jurisprudence, pour se conformer plus strictement à l'esprit de la législation moderne sur les alignements, qui veut que toutes les fois que la propriété peut être affectée par l'alignement, la décision soit prise en exécution d'un plan mûrement étudié, et soumis au contrôle de l'autorité supérieure.

Mais il a eu soin en même temps de ne pas désarmer complétement les maires, et tout en leur refusant le pouvoir de décider à eux seuls une modification dans la largeur des rues, qui aurait pour résultat de faire avancer ou reculer la propriété riveraine, il a maintenu leur droit de police à l'égard des constructions bordant la voie publique et l'obligation pour les particuliers de demander l'alignement, lors même qu'il n'existe pas de plan approuvé.

Voici dans quelles circonstances sa décision a été rendue :

Le sieur Lebrun attaquait devant le Conseil d'État un arrêté

du maire de la commune de Chilly-le-Vignoble, qui fixait l'alignement d'une des rues de la commune au devant de la maison du requérant. L'arrêté du maire avait eu pour but d'élargir la rue.

Le sieur Lebrun, se fondant sur les arrêts du Conseil, du 25 juillet 1834 et du 10 septembre 1835, que nous avons cités, soutenait que le maire avait excédé ses pouvoirs ; qu'en effet son arrêté n'était pas un arrêté d'alignement individuel; que le plan qu'il avait eu en vue d'exécuter, et qui n'était pas approuvé par l'autorité supérieure, s'appliquait à l'ensemble de la rue, dite d'en-haut, dont sa propriété était riveraine; qu'ainsi l'on se trouvait dans le cas d'une de ces mesures générales qui ne peuvent être prises que par un plan d'alignement dûment arrêté par l'autorité supérieure.

Le ministre de l'intérieur émettait l'avis que le pourvoi n'était pas fondé; que l'arrêté du maire qui, d'après ses termes exprès, ne s'appliquait qu'à la propriété du sieur Lebrun, était un de ces arrêtés individuels que les maires étaient autorisés à prendre par une jurisprudence constante, depuis l'avis donné en 1824 par les sections de l'intérieur et de législation du Conseil d'État.

Le Conseil a écarté l'opinion du ministre et ne s'est même pas arrêté à la thèse soutenue par le sieur Lebrun. Il a été plus loin, et considérant l'arrêté du maire comme un arrêté d'alignement individuel, il l'a annulé pour excès de pouvoir par une décision ainsi conçue :

« Napoléon, etc.....

« Considérant que si les maires, chargés par la loi des 16-24 août 1791, de veiller à tout ce qui intéresse la sûreté et la facilité du passage sur les rues et places publiques de leurs communes, ont le droit de délivrer les alignements aux particuliers qui veulent élever des constructions le long et joignant lesdites rues et places, ces alignements ne peuvent avoir pour effet de procurer l'élargissement de la voie publique, en dehors d'un plan d'alignement régulièrement arrêté par l'autorité supérieure, soit pour l'ensemble des rues et places de la commune, soit pour une ou plusieurs de ces rues;

« Que si le décret du 25 mars 1852 a attribué aux préfets le droit d'arrêter les plans d'alignement que l'article 52 de la loi du 16 septembre 1807 avait réservé au gouvernement en Con-

seil d'État, le pouvoir de l'autorité municipale en cette matière n'a reçu aucune extension ;

« Considérant que par l'arrêté attaqué, le maire de Chilly-le-Vignoble a porté de 4 mètres 30 à 6 mètres la largeur de la rue d'en-haut au droit de la maison du sieur Lebrun et des propriétés qui l'avoisinent ; qu'aucun plan d'alignement soit général, soit partiel arrêté par l'administration supérieure ne l'autorisait à prescrire cet élargissement ; qu'ainsi il a excédé ses pouvoirs ;

« Notre Conseil d'État entendu ;

« Avons décrété et décrétons ce qui suit :

« Art. 1er. Sont annulés l'arrêté du maire de Chilly-le-Vignoble, en date du 29 septembre 1860, ensemble l'arrêté du préfet du département du Jura, en date du 22 février 1861, et la décision de notre ministre de l'intérieur, en date du 8 juillet 1861, qui ont approuvé ledit arrêté. »

Ainsi le Conseil d'État reconnaît que les maires ont le droit, lors même qu'il n'existe pas de plan d'alignement arrêté par l'autorité supérieure, de donner l'alignement aux propriétaires qui veulent construire le long des rues des villes ou villages. Mais dans ce cas le maire ne peut que maintenir à la rue sa largeur existante. S'il croit nécessaire d'élargir la voie publique (ou de la retrécir, la situation est évidemment la même), il doit faire dresser, soit un plan partiel, soit un plan général, le soumettre à une enquête, appeler le Conseil municipal à en délibérer, puis demander l'approbation du préfet, et c'est seulement par application de ce plan que la situation respective de la rue et des propriétés riveraines pourra être modifiée.

Cette décision est un nouveau témoignage du respect pour les droits de la propriété qui inspire la jurisprudence du Conseil d'État, et bien qu'elle apporte un changement considérable aux traditions de l'administration, consacrées par la Cour de cassation, nous croyons pouvoir espérer que l'administration s'y rangera sans résistance, et qu'elle sera acceptée également par l'autorité judiciaire, parce qu'elle est satisfaisante à tous les points de vue, aussi bien pour l'intérêt public de la viabilité que pour les intérêts de la propriété privée.

LÉON AUCOC.

DISSERTATION SUR L'ARTICLE 2064 DU CODE NAPOLÉON.

Par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris.

SOMMAIRE.

1. Objet de la dissertation.
2. Auteurs qui pensent que l'article 2064 n'établit qu'un sursis à l'emprisonnement pendant le temps de la minorité.
3. La contrainte par corps ne peut être prononcée en majorité, même pour un fait civil accompli en minorité. — Argument tiré de l'état primitif du projet.
4. Ni l'insertion de l'article 2065 entre les articles 2064 et 2066 ni l'Exposé des motifs ne favorisent l'opinion contraire.
5. Réfutation de quelques autres motifs.
6. Opinion d'auteurs conforme à la nôtre. Raisons fondamentales de cette opinion.
7. Arrêts. — Examen *à la note* sur les exemptions temporaires ou perpétuelles de la contrainte par corps sous l'ancien droit. Passage remarquable de Valin sur la nécessité d'exempter de la contrainte par corps le mineur bénéficier. Application de ce passage aux dommages-intérêts pour impéritie, maladresse ou incurie des ouvriers et employés mineurs.
8. Que le mineur, même commerçant, ne peut être contraint par corps pour fait de stellionat.

1. L'article 2064 du Code Napoléon porte :

« Dans les cas même ci-dessus énoncés, la contrainte par « corps ne peut être prononcée contre les mineurs. »

Offre-t-il ce sens que, hors des cas déterminés par les articles 2059 à 2062 ou qui pourront l'être par une loi civile formelle, telle que l'article 126 du Code de procédure, la contrainte par corps, en matière civile, ne puisse être prononcée contre le mineur *pendant le temps de sa minorité*, mais que, si la dette avait été valablement contractée en minorité, la contrainte par corps pourrait être valablement prononcée après la majorité accomplie ?

Ou bien doit-on entendre l'article en cet autre sens que, lorsque le fait d'où procède la dette civile s'est passé en minorité, le juge ne peut prononcer la contrainte par corps, *même quand le mineur est devenu majeur ?*

2. La première opinion est celle de M. Duranton, *t. XVIII*, *n°* 475, et de MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, *t. IV*, 1re *édit.*,

p. 140. Elle a depuis été développée avec beaucoup d'esprit par M. Duverdy (*Dissertation sur la contrainte par corps*, 1852, n° 79). « La contrainte par corps, disent-ils, n'est pas une peine, mais une voie d'exécution; elle ne peut donc être refusée contre les mineurs qu'à raison de la faiblesse de l'âge. Si leur obligation est parfaite, pourquoi, devenus majeurs, seraient-ils exempts de la contrainte par corps plus que tout autre citoyen majeur? » Ces jurisconsultes n'ont pas cherché à appliquer leur doctrine à des espèces diverses; mais ils s'arrêtent surtout aux dommages-intérêts qui résulteraient d'un fait dommageable et approchant du dol; d'où nous pensons qu'ils n'étendent pas leur doctrine aux conventions faites par le mineur, mais qu'ils la restreignent aux dommages-intérêts entraînant la contrainte par corps facultative, suivant l'article 126 du Code de procédure civile. Or leurs imitateurs pourraient penser à s'appuyer, d'une part, sur l'article 5 du titre 1er de la loi du 15 germinal an VI, qui portait: « La contrainte par corps ne peut être décernée en « matière civile contre les septuagénaires, *les mineurs*, les « femmes et les filles, si ce n'est pour cause de stellionat, pro- « venant de leur fait; » et, d'autre part, sur ce passage de l'Exposé des motifs de M. Bigot de Préameneu, qui fait opposition entre les obligations et les faits du mineur: « Si l'on voulait « exercer la contrainte par corps pour l'accomplissement d'une « obligation contractée par un mineur, il opposerait la loi qui « le met à l'abri de toute lésion par suite de ses engagements « personnels. Il n'est pas de lésion plus grave que la privation « de la liberté. *La loi lui fait supporter la peine de ses délits;* « mais nul, en matière civile, ne peut le priver du privilége de « la minorité. » (Fenet, t. XIII, p. 167.) Il faut prévenir cette accumulation de demi-preuves dont on ne se fait pas faute aujourd'hui, et réfuter cette doctrine de manière qu'elle ne se reproduise plus.

3. La seconde opinion nous a paru seule vraie. Le projet de la section portait: « La contrainte par corps ne peut être pro- « noncée contre les mineurs; » puis ajoutait sans autre article intermédiaire: « Elle ne peut être prononcée contre les septua- « génaires, les femmes et les filles que dans le cas de stellio- « nat. » Certes, alors la section de législation avait dit clairement *qu'au cas même de stellionat* commis par un mineur, la loi projetée révoquerait ce que la loi de l'an VI avait dit des *mineurs;*

et, par conséquent, que dans tous les faits civils accomplis en minorité, et entraînant la contrainte par corps, jamais le juge n'aurait le pouvoir de prononcer cette contrainte, même après que le mineur serait devenu majeur, même s'il commettait un stellionat, susceptible d'entraîner la contrainte par corps contre un septuagénaire, une femme ou une fille.

4. De ce que, sur la demande de M. Bigot-Préameneu, on a introduit un nouvel article, le 2065e, pour prohiber la prononciation de la contrainte par corps pour dettes civiles au-dessous de 300 francs, on ne peut pas conclure que le législateur ait entendu que le mineur devenu majeur serait contraint par corps après sa majorité. Cet article 2065 n'empêche en rien que l'article 2064 ne sépare profondément la condition du mineur de celle des septuagénaires, des femmes et des filles : ces trois classes de débiteurs ne seront jamais frappées de la contrainte par corps, si ce n'est pour fait de stellionat; donc, les mineurs dont il a été parlé deux articles plus haut pour les en dispenser d'une manière absolue, ne sont pas même contraignables pour stellionat, le plus grave des délits civils; donc, ils ne sont pas contraignables pour dol ni faute.

Le passage de l'*Exposé des motifs* n'aide en rien à l'opinion contraire. S'il dit que « *la loi fait supporter au mineur la peine de son délit,* » c'est pour indiquer que tout délit jugé au grand ou au petit criminel entraînera contre le condamné la contrainte par corps attachée au délit ou au crime. S'il dit qu'il n'y a pas de lésion plus grave que la perte de la liberté, c'est pour bien faire entendre qu'à la différence de l'action en rescision sur le fond qui doit être proposée dans les dix ans de la majorité, l'exception de nullité de la contrainte par corps serait perpétuelle, quels que soient le fait commis ou la convention conclue en minorité.

5. Qu'on ne dise pas qu'avant l'article 126 du Code de procédure civile, il n'y avait pas, dans la loi, énonciation de faits *civils* à réprimer par la contrainte par corps, qu'un mineur eût pu commettre. — Est-ce qu'un mineur âgé de vingt ans ne pourrait pas s'être emparé par voies de fait d'un fonds sur un propriétaire voisin, et n'avoir pas été assez tôt actionné en réintégrande pour que le délaissement ne fût prononcé qu'après vingt et un ans accomplis? L'article 2060, § 2e, prouve donc que le Code a prévu les faits immoraux du mineur.

Qu'on ne dise pas non plus que c'est seulement à cause de la faiblesse physique qu'on épargne la contrainte par corps aux mineurs. C'est dépouiller la loi d'un autre motif bien plus puissant; car c'est aussi à cause de *l'imperfection* présumée de leur intelligence au temps de la perpétration du fait, que la loi les exempte de l'emprisonnement.

Qu'importe que la contrainte par corps ne soit pas *une peine* dans le langage de la loi, mais une voie d'exécution? Si elle n'est point une peine légale, elle n'en est pas moins une peine physique et morale pour l'emprisonné (*V. notre Introduction au Commentaire, n°* 5), c'est la plus dure des exécutions, et certes la loi a le droit de la prohiber en certains cas; c'est ce qu'elle a fait ici, et quand elle a dit qu'on ne peut prononcer la contrainte par corps contre les mineurs, elle a suffisamment exprimé que cette contrainte ne pouvait résulter ni d'une convention ni d'un fait obligatoire du mineur et ne devait pas l'atteindre en majorité.

6. C'est l'opinion de M. Troplong, n°s 271 à 277, quoique, son génie l'entraînant, il ait dit d'abord « *parcendum teneris;* » c'est l'opinion de MM. Dalloz, n° 293; c'est, nous le croyons du moins, l'opinion générale : car telle elle doit être en présence des textes. — Art. 2063 : « Hors des cas déterminés... par une loi formelle, il « est DÉFENDU à tous juges DE PRONONCER la « contrainte par corps...; » — Puis, par forme de corollaires du principe, — Art. 2064 : « Elle ne peut être PRONONCÉE contre les « mineurs; — 2065. Elle ne peut être PRONONCÉE pour une somme « moindre de 300 francs; — 2066. Elle ne peut être PRONONCÉE « contre les septuagénaires, les femmes et les filles, que dans « les cas de stellionat... » — L'enchaînement de ces textes produit un tout autre effet sur l'esprit du lecteur, que l'isolement calculé de l'article 2064 dépourvu de tous précédents et de toute suite. Après la défense générale et absolue faite aux juges de *prononcer* cette contrainte hors des cas déterminés ou à déterminer, viennent donc, soit quant aux contrats et aux faits des mineurs, soit quant à la modicité de l'intérêt à l'égard des majeurs, soit quant aux contrats et aux faits des septuagénaires, femmes et filles, des prohibitions spéciales de prononcer la contrainte par corps, tout aussi absolues que la prohibition générale de l'article 2063. Prenez ces quatre articles dans leur ensemble au lieu d'en déchiqueter les membres,

et vous n'aurez plus la fantaisie de prendre POUR UN SURSIS ce qui est une défense absolue ; vous ne traduirez plus « *contre les mineurs* » par « *pendant la minorité* », et vous aurez entendu la loi selon son esprit libéral et selon toute la portée de ses termes : c'est violer le droit civil que de détacher d'une loi une portioncule pour décider. Il faut l'embrasser tout entière et la pénétrer dans toutes ses parties. *Incivile est, nisi totâ lege perspectâ, unâ vel aliquâ particulâ ejus propositâ, judicare vel respondere* (ff., *De legibus*).

Allons plus loin. Vous trouvez la loi ambiguë : elle peut vouloir dire que la contrainte par corps ne peut être prononcée tant qu'on est en minorité ; elle peut vouloir dire aussi que la contrainte par corps ne peut être prononcée contre les mineurs pour leurs conventions contractées ni pour leurs faits civils commis pendant la minorité. Eh bien ! admettez le double sens. La loi dans son sens littéral comprendra les deux sens. Dire que « la contrainte par corps ne peut pas être prononcée contre les mineurs, » c'est avoir défendu de la prononcer, soit si l'action était intentée pendant la minorité, soit quand l'action serait intentée après la minorité passée. Il s'agit de liberté, et la loi doit être interprétée dans les deux sens qu'elle présente : *Benignius leges interpretandæ sunt, quò voluntas earum conservetur* (L. 18, ff., *De legibus*).

7. Aussi la jurisprudence des arrêts a-t-elle fourni des exemples pour les deux cas où la contrainte par corps était requise avant la majorité ou depuis la majorité acquise.

Les trois arrêts suivants ont observé ces règles à l'égard des mineurs, et nous n'en connaissons aucun autre contraire.

L'un, de la Cour de Bordeaux, avait à statuer contre un majeur qui, en minorité, avait aidé à divertir les effets d'une succession. On ne l'avait pas traduit en police correctionnelle ; l'affaire était dès lors toute civile, et l'on demandait contre lui des dommages-intérêts avec contrainte par corps ; mais cette contrainte fut refusée « parce que l'avénement de sa majorité n'avait pu enlever au défendeur le bénéfice que la loi lui avait assuré à l'époque des enlèvements (*Bordeaux*, 5 *août* 1847, *aff. Duffourg*, S., 48, 2, 63 ; P., 1848, t. II, p. 606). » C'est l'application du principe que l'article 2064 survit à l'état de minorité. Les deux autres sont de la Cour de Cassation. Cathe-

rine Thibault, enfant de moins de seize ans était prévenue d'avoir importé en fraude de la poudre et des tabacs ; elle fut condamnée à l'emprisonnement, à deux amendes et aux frais, et la durée de la contrainte par corps fixée à une année, sans que la Cour eût déclaré si elle avait agi avec ou sans discernement. — Sur le pourvoi du procureur général près la Cour de Metz, l'arrêt fut cassé en ce qu'il avait prononcé l'emprisonnement, *quand la prévenue* devait être acquittée du délit si elle avait agi sans discernement ; le pourvoi fut rejeté en ce qui concernait les condamnations pécuniaires, les amendes et les frais, parce que les amendes pour contravention aux lois sur les douanes et sur les poudres et salpêtres n'ont pas un véritable caractère pénal et sont plutôt la réparation du préjudice causé à l'État par les effets de la fraude ; que les frais eux-mêmes étant la restitution des avances auxquelles la nécessité de poursuivre a donné lieu, devaient être considérés comme réparation civile ; mais quant à la disposition de l'arrêt *qui condamnait par corps*, elle fut cassée, car il ne s'agissait pas de l'article 52 du Code pénal ; le mineur âgé de moins de seize ans ayant agi sans discernement, devait être acquitté. S'il pouvait être condamné à la réparation du dommage causé par son fait, c'est par l'effet d'une action purement civile ; donc, il se trouvait replacé sous la protection de l'article 2064 du Code Napoléon, et *ne saurait être soumis* à la contrainte par corps (*Cass., ch. crim.*, 18 *mars* 1842, aff. Thibault. S., 42, 1, 465 ; D., 42, 1, 208 ; P., 1842, t. Ier, p. 726). De même, et par les mêmes motifs, a été déclaré non passible de contrainte par corps, pour les frais auxquels il avait été condamné comme tenant lieu de réparations civiles envers l'État, le mineur Jean-Léon Prévost, acquitté devant la Cour d'assises d'une complicité de vol comme étant âgé de moins de seize ans, et ayant agi sans discernement. (S., 43, 1, 614.) Quoique ces arrêts aient été rendus pendant la minorité, on n'y trouve rien qui ressemble à un sursis [1].

[1] Tout ce que nous venons de dire était aussi notre opinion en 1834 dans notre *Commentaire* sur la *contrainte par corps*. Nous regrettons cependant d'y avoir dit que Jousse (*sur l'article 9 du titre 34 de l'ordonnance de 1667, note 6, n° 2°*) faisait entendre que la jurisprudence se bornait à ne pas prononcer la contrainte par corps *pendant la durée de la minorité;* et que Pothier (*Procédure civile, part.* V, *ch.* 1er, § 2, 4°) citait un arrêt du 21 mars

8. Quoique M. Troplong ait professé la même doctrine sur la question principale, nous ne pouvons admettre sa doctrine contraire sur un point accessoire. Le mineur commerçant doit-il être contraint par corps pour stellionat s'il a hypothéqué

1676, refusant la contrainte par corps après les quatre mois contre un mineur bénéficier, quoique réputé majeur pour raison de son bénéfice.

Nos citations sont exactes : nous les regrettons parce que l'autorité de Jousse peut être cause de l'opinion de M. Duranton et de ceux qui l'ont suivi. Ce devient donc une raison pour rentrer plus avant dans l'examen de l'ancien droit sur les exemptions perpétuelles ou temporaires de la contrainte par corps.

Pour les connaître suffisamment, il faut distinguer les époques : avant l'ordonnance de Moulins en 1556, depuis cette ordonnance jusqu'à celle de 1667, et depuis celle-ci jusqu'à l'an VI et au Code civil.

On sait qu'avant l'ordonnance de Moulins, et sauf la contrainte par corps pour le commerce, foires, marchés, etc., deniers royaux, crimes et délits, la contrainte par corps résultait de la soumission volontaire dans les contrats; le juge ne devait point aller au delà, à moins qu'il n'y eût dol du débiteur, comme dans la matière du stellionat que les juges étendaient autant que leur conscience le leur dictait, puisqu'on appelait alors stellionat *omnis machinatio vafra quæ proprio nomine carebat.*

En 1367, une ordonnance de Charles V défendit « que ne fussent pris « corps de personnes labourants, tant qu'on trouverait biens *meubles* ou « *immeubles* suffisants pour les exécutions faire. » — C'était un répit, un sursis pendant la discussion des biens : au plus une exemption tempora

En 1393, le roi Charles VI exempta de la contrainte par corps les chrétiens pour les obligations qu'ils avaient souscrites au profit des juifs du Languedoc avec soumission à ladite contrainte, et défendirent de renoncer à l'effet de cette défense. — C'était une exemption perpétuelle.

L'auteur du *Grand coutumier* au temps de Charles VI dit que « par usage « de Cour laye, femme soit *mariée, ou autre* ne doit tenir prison pour « quelque cas civil quel qu'il soit, tant soit obligée de garde ou de com- « mande, par foi, serment, *ou autrement*, excepté Champagne (ce qui veut « dire les foires de Champagne et le commerce). » — Et Bouteiller, dans sa *Somme rurale* en 1479, disait pour raison : « Car, fresle chose est la « femme, et pour ce, ne veut la loi qu'elle soit tourmentée de prison pour « dettes civiles. » — Comme on le voit, c'était un privilége du sexe et non du mariage; comme on le voit encore, pareils principes devaient annuler la soumission conventionnelle des femmes, filles et veuves. — C'était aussi exemption perpétuelle.

L'état de la législation française sur les ecclésiastiques après l'ordonnance de Moulins suffit pour démontrer qu'auparavant ils n'étaient pas assujettis à la contrainte par corps civile, à moins qu'ils ne s'y fussent obligés par contrat, ou qu'ils l'eussent méritée par dol ou fraude et en celant leur profession. — L'exemption était encore perpétuelle.

Quant aux mineurs, ils étaient nécessairement protégés par leur âge et

ses biens? Malgré l'imposante autorité de M. Troplong, nous répondons négativement comme nous avons répondu autrefois. L'article 2064 ne contenant pas la même exception que l'article 2066, le mineur commerçant n'est pas soumis à la

par la nullité de leurs contrats, et nous ne connaissons pas de textes français sur les septuagénaires avant 1629. — Il est bon de croire qu'en matière civile l'usage de les décharger de la contrainte par corps a dû d'abord s'introduire, mais que sous l'inflexibilité de l'ordonnance de Moulins, cet adoucissement devenait difficile.

En 1556, l'article 48 de l'ordonnance de Moulins apporta un remède énergique à la mauvaise volonté des débiteurs civils et surtout aux fraudes employées par eux pour mettre leurs biens à couvert, et aux procédures nécessaires et infructueuses pour les mettre à jour, en ordonnant que si LES CONDAMNÉS ne satisfaisaient aux condamnations dans les quatre mois après signification du jugement, ils pourront être pris par corps et tenus prisonniers jusqu'à la cession ou abandonnement de leurs biens.

D'une loi aussi générale naquit la question de savoir s'il y avait encore des personnes privilégiées.

On exerça donc la contrainte par corps après les quatre mois contre les ecclésiastiques. Cela devait être d'après les termes absolus de l'ordonnance; cela devait être d'après l'esprit de sévère équité des parlements. Cinq ans avant l'ordonnance de Moulins, et au mois de septembre 1550, le roi Henri II avait octroyé lettres patentes aux présidents et conseillers du parlement de Paris, portant exemption de la contrainte par corps des créances pour le payement de leurs dettes sur leurs personnes et sur leurs offices, réservé les contraintes sur tous leurs autres biens; mais après délibération du 22 février 1551, ces lettres patentes, qui avaient été obtenues sans aveu et autorité de la Cour, furent rendues et renvoyées par elle, sans vouloir entendre à la vérification d'icelles, sur la remontrance des gens du roi, par Me Pierre Séguier, avocat général, qu'il leur avait semblé que la Cour qui distribuait à chacun la justice devait prendre et recevoir la même loi qu'elle baillait à autrui. Aussi sur la question des ecclésiastiques la Cour ne céda-t-elle qu'au roi Charles IX, séant en son lit de justice, le 1er août 1569, jour auquel il fut donné arrêt, prononcé par M. le premier président de Thou, en l'absence du chancelier, par lequel le Roi, en interprétant son ordonnance, ordonna que les ecclésiastiques, autres que simples clercs, ne seraient tenus en ladite contrainte.

Mais c'était un arrêt rendu en lit de justice. Il parait que la Cour ne s'y assujettit pas, et qu'il y eut d'autres contraintes prononcées. Le syndic général du clergé en porta ses plaintes au roi Henri III, qui fit, le 5 juillet 1576, une déclaration portant, en faveur des personnes constituées ès ordres sacrés, qu'elles ne pourraient dorénavant être emprisonnées en vertu de ladite ordonnance des quatre mois; et le clergé, dit Durand de Maillane, eût le soin de faire confirmer cette déclaration par l'article 53 de l'ordonnance de Blois.

Ce qu'il y a de remarquable dans cette déclaration, c'est qu'elle n'est point interprétative; qu'elle ne dénie en rien l'étendue de l'article 48 de l'ordon-

contrainte par corps même pour stellionat : 1° parce que la publication du Code civil a abrogé l'article 5 du titre 1er de la loi du 15 germinal an VI, qui déclarait contraignables par corps les mineurs pour stellionat; 2° parce que s'il est vrai que l'ar-

nance de Moulins; qu'au contraire, elle ne statue que pour l'avenir et par dérogation.

Observons en passant que les arrêts au principal sur les dettes qui n'emportaient pas la contrainte par corps ne la prononçaient pas d'une manière expectative ou conditionnelle; il fallait, après les quatre mois, la demander par jugement nouveau. C'est ce qu'on appelait alors jugement ou arrêt d'*iterato*, ainsi que l'article 2061 ordonne de prendre un second jugement contre celui qui a été condamné au pétitoire à désemparer un fonds.

Quant aux femmes, les jugements au principal ne portaient pas contre elles la contrainte par corps; mais quand les quatre mois étaient écoulés, on pouvait la demander, et on l'obtenait contre elles en vertu de l'ordonnance de Moulins pour le principal et pour les accessoires.

Point de doute pour les filles majeures et pour les femmes veuves. Elles y étaient alors soumises (arrêts des 22 février 1592 et 20 mai 1595).

Mais pour les femmes en puissance de mari, la jurisprudence se déclara en leur faveur.

On s'appuya surtout sur la nature du mariage et sur les devoirs réciproques des époux, une foule d'arrêts rapportés par Brodeau sur Louet, lettre F, somm. 11, prouvent que non-seulement la femme mariée n'était pas tenue par corps après les quatre mois, mais qu'on ne devait en aucun cas la condamner par corps, quand elle était engagée solidairement avec son mari, fût-il stellionataire, fût-il banqueroutier (*arrêts des* 10 *mai* 1579, 13 *juin* 1614, 23 *mai* 1618, 19 *avril* 1625). Quand la dette procédait du mari, le fait du mari déchargeait pleinement la femme de la contrainte par corps; l'exemption devenait perpétuelle. Mais si la femme était séparée de biens, la justice ne l'en déchargeait que *quant à présent*, et laissait au créancier de la femme le droit de réclamer la contrainte après la mort du mari. Dans ce cas, l'exemption n'était que temporaire (*arrêt du* 17 *avril* 1619). Toutes ces difficultés auraient dû cesser avant l'ordonnance de 1667, puisqu'en 1629 l'ordonnance connue sous le nom de *Code Michaud* avait abrogé toute contrainte par corps pour dette civile à l'égard des femmes, filles ou veuves : « Art. 156. Dorénavant, en vertu de l'édit des quatre mois ni au-« tre contrainte par corps nulle femme *mariée et non mariée*, ni aucun « homme âgé de septante ans, ne pourront être constitués prisonniers pour « le payement d'aucune dette civile. » — On était revenu au système des exemptions perpétuelles.

Quant aux mineurs, on trouve dans cette période un arrêt de 1607 cité par Mornac, sur la loi 7, ff., *De min.*, qui, après les quatre mois, a condamné par corps un mineur, plaidant en matière bénéficiale, à payer les dépens auxquels il avait été condamné.

Sous la troisième période (c'est-à-dire sous l'ordonnance de 1667, qui abrogea l'usage de la contrainte par corps après les quatre mois, et le conserva par les articles 2 et 3 pour dépens, dommages-intérêts, etc., en laissant

ticle 2070 du Code civil déclare ne point déroger aux lois particulières qui autorisent la contrainte par corps dans les matières de commerce, il n'en est pas moins vrai que le titre 1er de cette loi intitulé *de la contrainte par corps en matière civile*

alors aux juges la faculté de la prononcer ou non), les cas de contrainte par corps impérative furent déterminés par l'article 4, les filles et femmes exemptées de la contrainte par corps, ainsi que les septuagénaires, par l'article 5 (exemption perpétuelle et non temporaire), et les cas d'exception parfaitement déterminés.

L'ordonnance ne parlait en rien des mineurs ni des ecclésiastiques.

On essaye toujours de reproduire dans les changements de législation les difficultés résolues sous la loi précédente, et cet article 2 renouvela les doutes qu'avait fait naître l'article 48 de l'ordonnance de Moulins. Il fallut une déclaration du 30 juillet 1710 pour défendre aux juges de décerner des contraintes par corps pour les dépens en matière civile contre les personnes constituées dans les ordres sacrés.

Il en fut de même pour les femmes. On invoqua contre elles l'article 2 de l'ordonnance, comme si l'article 4 n'eût pas été assez étendu à leur égard. Mais la jurisprudence se fixa promptement à leur égard; il fut jugé par arrêt du Conseil du 26 janvier 1671, et par arrêt de la Tournelle civile du 17 janvier 1684, qu'elles n'étaient pas contraignables par corps, même quand elles n'avaient été autorisées que par la justice au refus de leur mari, et ce qui prouve bien que dès lors ce ne fut pas de la puissance maritale, mais du sexe même que la loi tirait l'exemption, ce sont deux arrêts des 10 mars et 10 mai 1672, par lesquels il a été jugé, par interprétation de l'article 8 du titre 34 de l'ordonnance, que les femmes veuves ne peuvent être contraintes par corps pour les dépens depuis taxés par exécutoire (*Journal des audiences, t. II, liv. XI, chap.* 6). — Pour les dommages-intérêts, on citait contre elles un arrêt du 5 juin 1671; mais vérification faite de cet arrêt rendu contre une femme d'aubergiste qui s'était portée à un tel excès de colère qu'elle avait crevé l'œil d'un voisin avec sa quenouille, ce n'était pas en matière civile : elle avait été condamnée en l'amende de 10 livres, et en 235 livres de dommages-intérêts, au payement desquels elle serait contrainte par corps par sentence du prévôt de Vitry-le-François, sans dépens. Sur l'appel, ils furent réduits à 205 livres, sans contrainte par corps, par sentence du lieutenant criminel au bailliage de Vitry-le-François. Appel au Parlement, arrêt qui réduit les dommages-intérêts à six vingts livres, mais qui ordonne la contrainte par corps. — Pourquoi? Évidemment parce que la contrainte par corps avait été ordonnée primitivement par un juge statuant au petit criminel, le prévôt de Vitry, et qu'il n'a jamais été douteux que mineurs capables de dol, femmes et septuagénaires, ne fussent contraignables par corps en matière criminelle et de police (*Journal du Palais*, in-f°, t. I, § 123). — L'exemption était devenue perpétuelle sous l'ordonnance civile.

Quant aux mineurs, il n'y avait pas de textes.

On citait pour prouver qu'au civil les mineurs étaient perpétuellement exempts de la contrainte par corps (V. Brodeau, *sur* Louet. *Lettre C., somm.* 31, n° 28) : 1° un arrêt du Parlement de Rouen, du 18 mai 1675. Cette cause avait

était complétement abrogé par le Code civil ; 3° parce qu'il n'y avait nul besoin de le laisser subsister à l'égard des mineurs commerçants, puisque l'article 2070 laissait en vigueur contre eux la contrainte par corps commerciale, réglée par les dispo-

commencé au criminel. Pierre Pataller, âgé de onze ans, avait crevé, en se divertissant, un œil à l'un de ses camarades ; le lieutenant criminel le condamna à 200 livres de dommages-intérêts, à 60 sous d'amende et aux dépens, sentence exécutoire contre Barbe Fontime, sa mère et tutrice. Appel. Et par arrêt du 9 mars 1675, la Cour mit l'appellation et ce dont était appel au néant, en tout ce qui touchait l'amende, le surplus sortissant effet.

Cet arrêt réduisant l'affaire aux simples dommages-intérêts, Barbe Fontime présenta requête à la Cour pour que les dommages-intérêts fussent déclarés *intérêts civils*. Ils n'étaient plus la conséquence d'une peine, puisque la Cour avait effacé l'amende. Il ne restait qu'un fait civil pour lequel un mineur qui n'avait pas eu conscience des suites de son action ne devait pas être soumis à la contrainte par corps. Arrêt qui ordonne que les intérêts seront civils (*Journal du Palais*, *t. I*, *p.* 667).

Et 2° un autre arrêt du même parlement du 28 janvier 1672, qui a déchargé de la contrainte par corps un écolier qui avait abusé d'un dépôt; mais on ne peut rien tirer de cet arrêt, car la Cour a mis l'appellation au néant en déchargeant le mineur *de la condamnation civile* (*ibid*, *p.* 159).

Maintenant vient l'arrêt du 21 mars 1676 (*ibid.*, *p.* 749), sur lequel Jousse a établi sa doctrine que l'exemption de contrainte par corps n'existait au profit des mineurs que *pendant le temps de la minorité*, tandis que Pothier, ami intime de Jousse, dont il connaissait bien l'opinion, a laissé à sa mort, en 1772, bien postérieurement à la première édition du Commentaire de l'ordonnance civile publié par Jousse en 1753, son *Traité de la procédure civile* qui, selon nous, a entendu l'arrêt dans le sens de la perpétuité de l'exemption.

Après avoir dit, p. 25 de l'édition in-12, que « les mineurs pour dettes civiles, et hors le cas de dol, sont aussi exempts de la contrainte par corps, et qu'il en faut excepter les mineurs marchands par état et de profession et les mineurs financiers ; car étant les uns et les autres réputés majeurs, pour raison de leur commerce ou de leur état, ils sont contraignables par corps pour les faits de leur commerce et pour les billets subis par eux, » il ajoute : « A l'égard des mineurs bénéficiers, QUOIQU'ILS SOIENT RÉPUTÉS MAJEURS « *pour raison de leurs bénéfices* et qu'en conséquence ils puissent plaider « pour raison de ce qui concerne leurs bénéfices sans assistance de curateurs, « néanmoins ils ne sont pas sujets à la contrainte par corps pour les dépens, « dans les procès où ils auraient succombé ; » et il cite le même arrêt de Jousse.

Et Pothier avait raison : il avait adopté l'opinion de Valin (*Commentaire sur la coutume de la Rochelle*, publié en 1756, t. III, p. 466 et suivantes).

D'abord, on ne peut rien induire de certain de l'arrêt de 1676 : s'il est vrai qu'il a refusé la contrainte par corps pour les dépens, et qu'il ait ajouté, sauf à l'intimé à se pourvoir après la majorité, comme le dit l'arrêtiste, il n'a rien décidé qu'un provisoire, et a seulement reculé l'examen définitif de

sitions de l'article 3 du titre 2 de la même loi de germinal an VI, lesquelles ont demeuré en vigueur jusqu'à la loi du 17 avril 1832, pour tous faits de commerce; 4° que, puisqu'on tombe d'accord que la loi qui prohibe la contrainte par corps

la question. C'est là l'esprit de l'arrêt, car il ne prononce pas de dépens, et personne ne peut induire de là que si, après la majorité, on fût revenu devant les mêmes juges, les requêtes de l'hôtel eussent nécessairement prononcé cette contrainte.

Il faut donc en venir au droit.

« De ce que l'article 14 du titre 15 de l'ordonnance de 1667 déclare *les mi-* « *neurs de vingt-cinq ans pourvus de bénéfices, capables d'agir en justice* « *sans l'autorité et assistance d'un tuteur ou curateur, tant en ce qui con-* « *cerne le possessoire que pour les droits, fruits et revenus du bénéfice*, on ne « peut en conclure, dit Valin, que le mineur soit sujet à la contrainte par « corps ni pour les dépens, ni pour la restitution des fruits.—Vous tirez de ces « mots de l'ordonnance la doctrine qu'il est réputé majeur pour raison de son « bénéfice. Mais est-il exactement vrai qu'il soit réputé majeur en cette partie? « En effet, comment le dire d'un bénéficier impubère? L'ordonnance ne doit « donc pas être prise à la lettre, et il n'en résulte pas que tout bénéficier, en « ce qui concerne son bénéfice, doive être considéré comme s'il avait vingt-« cinq ans. — En second lieu, qu'il s'agisse d'un bénéficier en pleine puberté, « est-ce contre lui *ou en sa faveur* que l'ordonnance le rend capable d'agir « en justice, de plaider même en défendant, si l'on veut; en un mot, le ré-« puter majeur à cet égard? On ne saurait nier que l'ordonnance ne soit « toute en sa faveur; or ce qui a été introduit en sa faveur précisément peut-« il être rétorqué contre lui? On le compare au mineur faisant le commerce; « mais l'État est-il intéressé à ce que le mineur bénéficier soit contraignable « par corps comme il l'est à ce que le mineur commerçant soit sujet à la con-« trainte par corps pour les engagements qu'il prend relatifs à son commerce? « N'a-il pas fallu même en cette partie une loi formelle pour assujettir le « mineur à la contrainte par corps? — En troisième lieu, que la faculté « de plaider oblige au payement de la condamnation, il n'y a rien à dire; « mais qu'elle y oblige par corps en faisant cesser le privilége (naturel) de la « minorité, c'est une conséquence forcée qu'on ne peut adopter. La majorité « est une qualité feinte donnée au bénéficier en minorité pour son avantage; « sa qualité de mineur est réelle, véritable, inhérente à sa personne; on ne « peut donc la supprimer à son préjudice pour l'assujettir à une loi qui n'est « portée que contre les véritables majeurs. — En quatrième lieu, l'ordonnance « par le pouvoir qu'elle donne au bénéficier mineur, ne le déclare pas plus « majeur en cette partie précisément que le mineur n'est déclaré majeur par « son émancipation : donc, s'il faut faire une comparaison de son état et de « son pouvoir, ce sera en le rapprochant du mineur émancipé. On conviendra « alors que son droit est borné à la jouissance et à la disposition des fruits de « son bénéfice, comme celui du mineur émancipé est limité à l'administration « de ses biens et à la disposition de ses meubles et revenus; et l'on con-« clura que l'un n'est pas plus contraignable par corps que l'autre, ni pour « restitution de fruits, ni pour dépens, comme n'ayant pu ni l'un ni

civile contre les mineurs est fondée sur la faiblesse de leur jugement, on conviendra qu'un mineur marchand assez habile pour acheter et vendre, peut n'être pas assez instruit pour savoir ce que c'est que stellionat, et s'il le sait, et qu'il ait l'intention en empruntant de payer un créancier antérieur qu'il ne déclare pas, il peut être surpris par des événements qui donnent aux deniers une autre impulsion ; dès lors, pourquoi le traiter avec la même rigueur qu'un majeur ? 5° parce que si l'article 6 du Code de commerce permet aux mineurs marchands d'engager et d'hypothéquer leurs immeubles, l'article n'a pas été écrit pour faire de l'hypothèque ni de l'antichrèse un acte commercial, puisqu'ils sont bien actes civils de leur essence. Admettant donc que l'emprunt soit commercial, l'accessoire ne l'est certainement pas, puisqu'il confère au créancier des droits qui seront réglés par le Code civil, et devant les tribunaux civils. Est-ce que le Code de commerce en donnant aux mineurs marchands le pouvoir d'hypothéquer leurs biens aurait déclaré que cette hypothèque était un acte de commerce? En rien que ce soit. L'article 2064 protége donc ces mineurs contre la contrainte par corps, à moins que les faits ne soient allés jusqu'à *l'escroquerie* de la somme prêtée, auquel cas les tribunaux correctionnels en feront justice; sinon, le débiteur invoquera le privilége de la minorité.

« l'autre engager leur liberté ni perdre le privilége de leur minorité. »

Ce n'est pas pour le vain plaisir de voir triompher notre opinion que nous sommes entré dans cet examen, et que nous avons rappelé en tout ce qu'elle a d'essentiel la dissertation de Valin; c'est parce qu'il en résulte qu'une classe entière et nombreuse de mineurs, qui travaillent pour autrui ou chez autrui, et qui y gagnent leur vie, souvent même privés de parents, de tuteurs et de curateurs, n'est point soumise, même quand la majorité sera atteinte, à la contrainte par corps de l'article 126 du Code de procédure pour tous les dommages-intérêts résultant de fautes, incurie, maladresse; en un mot, qui ne résultent pas d'un délit : nous parlons des artisans de toute espèce, notamment des ouvriers qui ne peuvent pas être *restituables* contre les engagements qu'ils ont pris en minorité à raison de leur art (art. 1308). Ces mots de l'article 1308 sont à peu près équivalents à la locution, *réputés majeurs en cette partie*. C'est une sorte d'émancipation accordée aux mineurs artisans pour qu'ils puissent plus aisément se livrer à l'exercice de la profession qu'ils auront apprise; elle ne peut être rétorquée contre les jeunes artisans ni leur faire perdre le privilége de la minorité après que la majorité sera acquise, ainsi que Valin l'a si puissamment démontré à l'occasion du mineur bénéficier.

Il est très-vrai que l'action du mineur a été mauvaise, puisqu'il n'y a pas de stellionat sans intention. Quelque odieux pourtant que soit le stellionat, c'est un délit civil, dont le créancier, commerçant ou non, peut se défendre par un examen hypothécaire, et l'on ne peut alléguer ici la rapidité des affaires commerciales, puisque le prêt hypothécaire ne se peut faire que devant notaire. Si nous reconnaissons une fois que le législateur a voulu corriger l'article 5 du titre 1er de la loi de germinal, en divisant en deux articles la défense de prononcer la contrainte *ratione personarum*, afin qu'on ne pût pas lire, « la contrainte par corps ne peut être prononcée contre les mineurs *pour cause de stellionat* procédant de leur fait, il y a *nécessité légale* d'en décharger le mineur commerçant, puisqu'il est *le seul mineur* qui ait le pouvoir d'hypothéquer ses immeubles; que pour tout autre mineur, l'hypothèque serait radicalement nulle, et qu'il serait absurde qu'une loi fît une défense d'exécuter par corps un contrat d'une nullité absolue. C'est par conviction et à cause du danger des erreurs qui viennent de si haut que nous insistons ici. COIN-DELISLE.

QUESTIONS SUR LE PRÊT A LA GROSSE.

Par M. L. M. de Valroger,
docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

(*Suite*[1].)

§ 2.

J'ai traité la plus grave difficulté que soulèvent les articles 327 et 331. Ces articles font encore naître des questions secondaires, qu'il me faut maintenant examiner.

I. Une première question est celle-ci: A quoi est réduit le prêteur en cas de naufrage? L'article 327 répond: *à la valeur des effets sauvés et affectés au contrat, déduction faite des frais de sauvetage.* Cette disposition a besoin d'être complétée par quelques explications.

S'agit-il d'un prêt sur marchandises? Il faudra, ainsi que le fait remarquer Émérigon, déduire sur la valeur des marchan-

[1] V. *Revue critique de législation* (mai 1862), t. XX, p. 424.

dises sauvées, outre ces frais de sauvetage, le fret dû par ces marchandises[1]. Leur valeur en effet se compose en partie du fret : celui-là doit donc payer le fret des marchandises qui profite de leur valeur. A l'inverse, lorsqu'il s'agira d'un prêt sur corps, il faudra ajouter à la valeur du navire ou de ses débris le fret des marchandises sauvées, qui est un accessoire du navire et qui représente d'ailleurs dans une certaine mesure sa détérioration. Quant au fret des marchandises perdues, qui se trouverait acquis à tout événement en vertu des conventions passées entre l'armateur et l'affréteur, le prêteur y aurait-il droit? Une question analogue s'élève en matière d'assurance. On demande si l'assureur auquel on a fait le délaissement du navire a droit même au fret des marchandises perdues qui aurait été acquis à l'armateur. C'est là une question des plus débattues. Mais ici elle ne se présente pas dans les mêmes termes que vis-à-vis de l'assureur. A celui-ci on peut opposer le texte de l'article 388 qui ne parle que du *fret des marchandises sauvées*. Rien de pareil en ce qui touche le prêteur, qui peut au contraire invoquer, ce semble, la généralité de l'article 320, lequel article déclare affecté au prêt le *fret acquis* sans aucune distinction.

II. La valeur à laquelle se trouve réduit le prêteur en cas de naufrage étant ainsi déterminée, il faut voir ce que le prêteur peut réclamer sur cette valeur.

C'est tout d'abord le capital prêté, et ce capital en entier si la valeur des effets sauvés y suffit. L'article 327, en effet, n'impose pas au prêteur une réduction proportionnelle à la perte : il dit simplement que le *payement des sommes empruntées est réduit à la valeur des effets sauvés*. La créance du capital prêté reste donc entière : seulement elle ne pourra s'exercer que sur la valeur des effets sauvés; mais si cette valeur y suffit, rien n'empêche le prêteur de réclamer sur elle tout son capital.

Que décider quant au profit maritime?

Pothier, n° 48, se demande si, en cas de naufrage le prêteur peut, en sus de la valeur des effets sauvés, réclamer un profit maritime à proportion de la somme à laquelle monte la valeur des effets sauvés. Pothier répond que non, en se fondant sur ce que l'article 17 de l'ordonnance déclarait réduits à la valeur des

[1] Émérigon, *Contrat à la grosse*, chap. 11, sect. 2.

effets sauvés, *les contrats*. « Ce terme, *les contrats*, comprend, « dit-il, toutes les obligations que le contrat renferme, l'obli- « gation de rendre la somme prêtée et celle de payer le profit « maritime. Toutes ces obligations sont *réduites à la valeur « des effets*. Le prêteur ne peut donc demander pour tout ce « qui lui est dû par le contrat que la valeur des effets sauvés, « et rien de plus. » Il résulte clairement de ce passage que, dans la pensée de Pothier, si le prêteur ne pouvait pas, au delà de la valeur des effets sauvés, réclamer son profit, il pouvait au moins le réclamer sur cette valeur quand elle dépassait le capital, le réclamer même en entier si la valeur sauvée y suffisait [1].

Telle était aussi la décision bien formelle d'Émérigon (ch. 11, sect. 2, § 1) : il se réunissait à Pothier pour refuser au prêteur, en sus de la valeur des effets sauvés, un profit proportionnel à cette valeur. Mais il ajoutait : « Le donneur pourra se payer sur « les effets sauvés tant de son capital que du change maritime, « si les effets sauvés suffisent pour remplir ce double objet. »

Que décider sous le Code?

Les auteurs en général expriment l'idée qu'il ne peut jamais être réclamé de profit maritime au cas de naufrage, mais c'est en passant, et d'une manière qui annonce une vue superficielle de la question. Ils ne relèvent point la décision contraire de Pothier et d'Émérigon, et se fondent sur l'article 331, aux termes duquel le prêteur vient en concours avec un assureur *pour son capital seulement*. Pourquoi? se demandent-ils. Et ils répondent : C'est parce qu'en cas de naufrage il ne peut être dû de profit. Ils perdent de vue que sous l'ordonnance le prêteur placé en face d'un assureur venait aussi *pour son capital seulement*. Cela n'empêchait point Pothier et Émérigon d'accorder un profit maritime sur les effets sauvés, quand ce conflit d'un prêt et d'une assurance ne se rencontrait point. Il n'y a donc rien à conclure de la règle posée par l'article 331 pour cette hypothèse particulière, règle qui pourrait s'expliquer par des motifs tirés de cette hypothèse même.

[1] Boulay-Paty, sur Émérigon, *Prêt à la grosse*, chap. 11, sect. 1, et Locré, sur l'article 327, disent que Pothier refusait, en cas de naufrage, tout profit maritime. Ils n'ont pas remarqué qu'il ne s'agissait que du profit à réclamer, *outre la valeur des effets sauvés*. Pothier dit clairement que, sur la valeur sauvée, le prêteur peut réclamer *tout ce qui lui est dû*.

Mais, sans sortir de l'article 327, on trouve une expression peu remarquée d'où ressort un système contraire à la décision de Pothier et d'Émérigon : « Le payement des *sommes empruntées* à la grosse est réduit à la valeur des effets sauvés. » Le prêteur n'est donc pas seulement réduit à la valeur de ces effets : il ne peut réclamer sur leur valeur que la *somme empruntée*, et non le profit promis en outre. Les rédacteurs du Code ont sans doute considéré que la condition d'un profit est une heureuse arrivée, dont le naufrage exclut l'idée. Il leur a paru juste seulement que le prêteur ne perde pas tout son capital, alors que l'emprunteur garderait des restes peut-être encore considérables de la chose qu'il a affectée au prêt.

III. Quelle est la nature du droit auquel est réduit le prêteur? Conserve-t-il jusqu'à concurrence de la valeur des effets sauvés une action personnelle contre l'emprunteur? N'a-t-il plus au contraire qu'une action réelle sur ces effets? L'intérêt de cette question se révèle de lui-même. Supposons qu'après le sauvetage, mais avant d'avoir été vendus, les effets sauvés périssent par cas fortuit, dans un incendie par exemple. Le prêteur n'aura pas à souffrir de la perte de ces effets s'il a jusqu'à concurrence de leur valeur une action personnelle, puisque dans ce cas l'action pourra s'exercer sur les autres biens de l'emprunteur : la perte sera tout entière pour ce dernier. Si au contraire le prêteur à la grosse n'a qu'une action réelle sur les effets sauvés, leur perte entraînera celle de tous ses droits.

Pothier, expliquant l'article 17 de l'ordonnance, disait que l'arrivée à bon port *faisait exister la condition de l'obligation de l'emprunteur*; que si une partie des effets a été perdue et l'autre partie sauvée, *la condition en ce cas existe jusqu'à concurrence de ce qui est resté et défaut pour le surplus*[1]. Ainsi, d'après Pothier, en cas de naufrage, lorsqu'une partie des effets a été sauvée, l'obligation de l'emprunteur prend naissance jusqu'à concurrence de ces effets. Pothier reconnaissait donc évidemment que, pour la valeur des effets sauvés, le prêteur avait une action personnelle contre l'emprunteur.

Émérigon regardait plutôt la condition du contrat à la grosse comme résolutoire. « Le contrat, disait-il, s'éteint et devient

[1] Pothier, *Prêt à la grosse*, n° 47.

« nul par la perte des effets sur lesquels on avait prêté.....
« C'est une condition résolutoire de l'engagement du preneur. »
Il ajoutait un peu plus loin : « En cas de naufrage, le contrat
« devient nul et est réduit à la valeur des effets sauvés : la perte
« légale est encourue ; il s'agit alors de sauvetage ; l'obligation
« personnelle du preneur est éteinte. Il ne reste au donneur
« qu'une simple action réelle. » (Ch. 11 pr. et sect. 1.)

On a souvent répété sous le Code ce qu'avait dit Émérigon. Cependant l'article 327 présente une expression qui pourrait suggérer une idée contraire. On lit que « le *payement* « des sommes empruntées est réduit à la valeur des effets sau- « vés. » Ainsi, pourrait-on dire, c'est à un payement que le prêteur a droit : un payement suppose une obligation ; donc l'obligation subsiste. Ce raisonnement spécieux est renversé par un autre article du Code de commerce. L'article 259 dispose « qu'en cas de naufrage les matelots seront *payés* de leurs « loyers échus sur les débris du navire qu'ils ont sauvé. » Il est cependant bien certain que les matelots sont réduits à un droit réel sur ces débris. Le mot *payement* n'a donc pas toute la portée qu'on serait tenté de lui attribuer.

Une loi postérieure au Code présente un texte embarrassant qui touche à cette question : je veux parler de la loi fiscale du 28 août 1816, dont l'article 51 frappe d'un droit proportionnel de 1 p. 100 *les abandonnements pour fait d'assurance ou grosse aventure.* M. Frémery (p. 279) critique cette loi. « Elle a « méconnu, dit-il, le principe du contrat à la grosse. Il ne « s'opère aucune mutation de propriété de l'emprunteur au prê- « teur par l'extinction de l'obligation de l'emprunteur ; le droit « du prêteur se borne à réclamer la *valeur* des effets sauvés. » Cette critique prête à la loi de 1816 une pensée qui n'est pas la sienne. Ce qu'elle a frappé du droit proportionnel, ce n'est pas la conversion qui s'opère dans le droit du prêteur par le fait même du naufrage ; c'est l'*acte d'abandonnement* que ferait plus tard l'emprunteur. On se demande, il est vrai, quel pourra être le but de cet abandonnement, si l'emprunteur n'est pas soumis à une action personnelle. On pourrait conclure de la loi de 1816 qu'il est soumis à une telle action, contrairement à ce que décidait Émérigon. Mais on peut répondre que l'emprunteur, tant qu'il reste propriétaire des objets sauvés, en est responsable ; il est même tenu de travailler au sauvetage. (Arg. art.

381 C. comm.) C'est pour se décharger de cette responsabilité et de ces soins qu'il peut faire au prêteur l'abandonnement dont parle la loi de 1816[1].

IV. Comment se fera le partage des effets sauvés entre le prêteur et un assureur?

Au marc le franc de leur intérêt respectif, dit l'article 331.

Supposons un chargement de 20,000 francs sur lequel il a été emprunté 10,000 francs et assuré autant. Il y a eu naufrage, et on a sauvé une valeur de 2,000 francs. Pas de difficulté : le prêteur prendra 1,000 francs, l'assureur autant. Mais supposons que sur le même chargement il a été emprunté seulement 5,000 francs, et assuré 5,000. Comment dans ce cas se répartira la valeur sauvée de 2,000 francs? Le règlement sera très-différent suivant que l'on admettra ou non le système de l'affectation proportionnelle. Au premier cas, le chargeur étant admis à concourir sur les effets sauvés, aussi bien vis-à-vis du prêteur que vis-à-vis de l'assureur, on dira : Le chargeur était à découvert pour 10,000 francs, soit moitié de la valeur du chargement. Il a donc droit à la moitié des effets sauvés, c'est-à-dire à 1,000 francs. Les autres 1,000 francs sont à partager par moitié entre le prêteur et l'assureur qui auront ainsi chacun 500 francs. Tel serait le règlement dans le système de l'affectation proportionnelle. Mais j'ai repoussé plus haut ce système. On a vu que l'emprunteur n'a aucun droit de concours vis-à-vis du prêteur. D'un autre côté l'assureur n'a jamais droit qu'à un délaissement proportionnel : dans l'espèce, l'assureur n'ayant assuré qu'un quart du chargement ne peut évidemment avoir droit qu'à un quart des effets sauvés, soit à 500 francs. La répartition des 2,000 francs sauvés se fera donc ainsi : 500 francs à l'assureur, 1,500 au prêteur.

Ce règlement est d'une justice manifeste lorsque le prêteur en traitant a connu l'assurance, car il n'a pu compter que sur l'affectation de ce qui restait aux risques de l'emprunteur, c'est-à-dire sur l'affectation des trois quarts. Si l'assurance n'existait pas encore, ou si le prêteur ne l'a pas connue, il a été autorisé à compter sur une affectation totale. Comme cette attente se trouve déçue par le concours de l'assureur qui lui enlève un

[1] Une faute d'impression s'est glissée t. XX, p. 429; on y lit à propos de l'extinction de l'obligation personnelle : *idée que je combattrai plus loin.* J'avais écrit : *idée que j'examinerai plus loin.*

quart, il aurait, suivant ce qui a été dit plus haut, le droit de recourir pour ce quart contre l'emprunteur.

On objectera que le règlement qui attribue ainsi 1,500 francs au prêteur, tandis que l'assureur n'en a que 500, est contraire à la pensée de l'article 331, qui semble avoir eu pour but de décider que quand, par exemple, comme dans l'espèce, la somme prêtée et celle assurée seront égales, la part du prêteur et de l'assureur sera la même[1]. Est-il vrai que cette pensée ressorte des termes de l'article 331? Il dit que le partage aura lieu entre le prêteur et l'assureur au *marc le franc de leur intérêt respectif*: quel est l'intérêt dont on a voulu parler? Il ne peut être ici question que de l'intérêt qu'avait chacun à la conservation de la chose : c'est d'après cet intérêt que doit se faire le partage. Or, dans l'exemple donné, l'assureur n'était intéressé à la conservation de la chose que pour un quart, puisqu'il n'avait assuré que le quart : le prêteur au contraire, auquel tout le surplus, comme je l'ai fait voir, se trouvait définitivement affecté, était interessé à la conservation de la chose pour tout ce surplus, soit les trois quarts. Voilà donc la vraie base du partage à faire entre eux.

V. Il ne me reste plus, pour terminer l'étude de l'article 331, qu'à expliquer les derniers mots : « *Sans préjudice des priviléges établis à l'article* 191. »

En nous reportant à l'article 191, nous voyons : 1° que le prêt à la grosse fait sur le navire avant son départ est préféré à la prime d'assurance du même navire (9° et 10°). Ces rangs fixés par l'article 191 pourraient sembler en contradiction avec le concours qu'autorise l'article 331. Mais cette contradiction n'existe nullement : l'article 191 et l'article 331 se rapportent à des hypothèses différentes. L'article 191 suppose la vente du navire, et règle la distribution du prix à laquelle l'assureur vient uniquement pour sa prime. L'article 331, fait pour le cas de naufrage, règle le partage des restes sauvés entre l'assureur auquel le délaissement a été fait et le prêteur.

2° Nous trouvons dans l'article 191 la consécration d'une autre préférence : c'est celle qui est attribuée au prêt fait *pendant le voyage* pour les nécessités du navire (191-7°). Il prime les assureurs comme aussi les prêts faits avant le départ, et cela parce qu'il est supposé avoir procuré le salut du gage com-

[1] V. l'article de M. Cauvet, *Revue de législation*, 1853, t. I, p. 155.

mun, *salvam fecit causam pignoris.* Ce principe, proclamé une seconde fois dans l'article 323, n'a aucunement été modifié par l'article 331, applicable seulement au prêt fait avant le départ.

C'est à ces deux points qu'il paraît avoir été fait allusion par les derniers mots de l'article 331.

Tout ce qui se rapporte au cas de naufrage étant ainsi expliqué, je vais m'occuper du cas d'avaries.

CHAPITRE II.

AVARIES.

Le cas d'avaries est réglé par l'article 330, qui correspond à l'article 16, livre III, titre 5 de l'ordonnance.

L'ordonnance disposait ainsi : « Les donneurs à la grosse « contribueront à la décharge des preneurs aux grosses avaries, « comme rachats, composition, jets, mâts et cordages coupés « pour le salut commun du navire et des marchandises, et non « aux simples avaries ou dommages particuliers qui leur pour- « raient arriver, s'il n'y a convention contraire. »

Cette disposition, qui ne mettait à la charge du prêteur que les avaries communes, en laissant à la charge des emprunteurs les avaries particulières, remontait aux origines mêmes du contrat et s'était depuis toujours conservée. On trouve cette règle consacrée dans l'acte athénien dont un plaidoyer de Démosthènes nous a transmis le texte [1]. On la retrouve dans le Guidon de la mer [2].

Quel était le fondement de la distinction faite entre les avaries communes et les avaries particulières?

Pothier, n°s 42 et 47, expliquait la disposition relative aux avaries particulières en disant que la condition de l'obligation de l'emprunteur existait par cela seul que les effets n'avaient

[1] « ..... Ils rapporteront à Athènes, sur le même navire, les objets qu'ils auront achetés....., et lorsqu'ils seront arrivés ils payeront en vertu du présent acte, aux prêteurs, la somme convenue....., *sans autre déduction que les pertes ou sacrifices consentis par le commun accord des passagers, ou celles qu'ils auraient essuyées de la part des ennemis. Sauf cette seule exception, ils payeront la totalité.* » (*Us et coutumes de la mer*, Pardessus, I, p. 46.)

[2] « L'argent à profit n'est contribuable en aucune avarie, réservé qu'aux « rapchats, compositions et jets faits pour la salvation du total et pour le « soulagement et l'évasion des dangers. » (Guidon, chap. 19, art. 5.)

été ni pris ni perdus par force majeure, quelque endommagés qu'ils eussent pu être par des accidents de mer. L'emprunteur, à moins de convention contraire, devait donc le capital prêté et le profit en entier, sans pouvoir prétendre à aucune déduction pour la détérioration des effets sur lesquels le prêt avait eu lieu. Émérigon (chap. 7, sect. 1, § 1) justifiait de la même manière l'ordonnance. L'arrivée, disait-il, forme la condition essentielle et caractéristique du contrat de grosse. Or les avaries simples n'empêchent pas que cette condition se soit accomplie. Il repète plus loin (chap. 11, sect. 1, § 2) « que l'avarie n'altère point la condition du contrat, n'étant point un obstacle à l'heureuse navigation du vaisseau. »

Quant à la disposition relative aux avaries communes, Pothier, n° 44, l'expliquait ainsi : « Le prêteur à la grosse étant « celui qui a intérêt à la conservation des effets sur lesquels le « prêt a été fait....., il s'ensuit que c'est le prêteur qui doit, « comme le véritable intéressé à la conservation desdits effets, « contribuer plutôt que l'emprunteur aux avaries communes. » Prevot de la Janès, dans ses *Principes de jurisprudence*, titre 20, n° 556, disait de même : « Les donneurs à la grosse doivent « contribuer à la décharge du preneur aux grosses avaries....., « car ce n'est qu'à ces pertes qu'ils doivent la conservation de « leur argent qui, sans cela, aurait été perdu avec le vaisseau. »

Les parties pouvaient-elles déroger par la convention aux dispositions de l'ordonnance? L'article de l'ordonnance relatif aux avaries se terminait ainsi : *s'il n'y a convention contraire.* Le commentateur anonyme qui précéda Valin en avait conclu que les parties étaient libres de se faire elles-mêmes leur loi, tant en ce qui touche les avaries grosses que les avaries particulières. Valin reprit sur ce point le commentateur. Il n'était pas permis, selon lui, de déroger à la disposition de l'ordonnance qui avait mis les avaries grosses à la charge du prêteur. Les mots *s'il n'y a convention contraire,* ne se rattachaient, disait-il, qu'à la disposition finale qui avait laissé les avaries particulières à la charge des emprunteurs. Valin voyait d'un mauvais œil cette dernière disposition; il se félicitait qu'on eût au moins réservé aux parties la faculté d'y déroger. A l'en croire, sans cette faculté, l'usage des contrats à la grosse aurait été aboli. « Aussi n'en voit-on pas, dit-il, qui ne dérogent à cet « article, c'est-à-dire sans une clause précise par laquelle le

« prêteur prend sur lui tous les risques et fortunes de la mer « comme l'assureur. » Cet usage, qui paraît avoir existé non-seulement à la Rochelle, où écrivait Valin, mais encore dans les autres ports de l'Océan, n'existait pas à Marseille, où écrivait Émérigon, ni, selon toute apparence, dans les autres ports de la Méditerranée; car Émérigon, après avoir rapporté le passage de Valin, ajoute : « Parmi nous, je n'ai jamais vu de clause « pareille, et les donneurs ne contribuent point aux avaries « simples [1]. »

Tels sont les précédents du Code.

Les rédacteurs ne pouvaient manquer de maintenir la disposition de l'ordonnance qui avait mis à la charge du prêteur les avaries communes. Mais qu'allaient-ils décider à l'égard des avaries particulières? La clause dérogatoire proclamée par Valin comme nécessaire obtint, on le verra, la faveur des rédacteurs, et de l'usage du commerce où, s'il faut en croire Valin, elle avait depuis longtemps prévalu, elle passa dans la loi.

Telle est l'économie générale de l'article 330. Examinons-le de plus près dans ses deux dispositions, c'est-à-dire tant en ce qui touche les avaries communes qu'en ce qui touche les avaries particulières.

§ 1. — *Avaries communes.*

I. Nous avons à supposer qu'une chose a été sacrifiée pour le salut commun. L'exemple le plus saisissant est le jet à la mer. La chose affectée au prêt, qui a été sauvée par ce sacrifice, doit contribuer à le réparer [2]. L'article 330, § 1, décide, ainsi que l'ordonnance, que cette contribution est à la charge du prêteur.

Je remarque d'abord que l'article 330 n'ajoute pas, comme dans le paragraphe suivant : *s'il n'y a convention contraire.* Il n'a certainement point entendu autoriser cette convention réprouvée, depuis Valin, par une doctrine unanime. Si l'on se reporte à l'article 409 du Code de commerce, on verra pourtant que l'assureur, par la clause *franc d'avaries*, s'affranchit même des

[1] *Traité des contrats à la grosse*, chap. 7, sect. 1, § 1.

[2] Il pourra arriver que la chose sacrifiée pour le salut commun soit précisément la chose affectée au prêt. Cette hypothèse, qui n'est pas celle de l'article, m'occupera plus bas; elle ne soulève, comme on le verra, aucune difficulté sérieuse, dès qu'on s'est mis d'accord sur le point que je traite d'abord.

avaries communes. Pourquoi donc ce qui est permis à l'assureur ne l'est-il pas au prêteur? Cette difficulté se présentait déjà sous l'ordonnance, puisque l'usage avait appliqué la clause *franc d'avarie*, stipulée par une assureur, tant aux avaries communes qu'aux avaries particulières[1]. Comment expliquer cette différence? Valin prétend que si le prêteur à la grosse avait pu stipuler qu'il ne serait pas tenu même des avaries communes, l'essence du contrat eût été détruite[2]. Pourquoi? Est-ce parce qu'il n'y aurait pas eu de risques? Mais ne restait-il pas les chances de perte, celles de sinistres majeurs, qui, comme on le verra, ne sauraient être confondus avec les avaries? Est-ce que d'ailleurs les risques ne sont pas aussi essentiels à l'assurance qu'au prêt à la grosse? Émérigon dit qu'il n'est pas permis au donneur de stipuler qu'il sera exempt de contribuer aux avaries communes, parce qu'un pareil pacte blesserait l'équité naturelle et l'intérêt même du donneur, pour qui tout serait perdu si le navire n'eût pas été sauvé. Il ajoute : « La même considération ne saurait « militer contre l'assureur, attendu que celui-ci est un fidéjus- « seur qui n'est responsable des risques que relativement à son « contrat, et vis-à-vis duquel il s'agit d'une exception toujours « plus favorable que l'action même[3]. » On ne trouvera peut-être pas bien concluante cette raison donnée par Émérigon pour justifier la distinction faite entre le prêt et l'assurance. Il vaut mieux dire qu'on a cru devoir particulièrement protéger les emprunteurs qui sont toujours réputés être à la discrétion des prêteurs, et qu'on a craint, si le prêteur pouvait s'affranchir des avaries communes, qu'une pareille clause ne devînt de style. Quoi qu'il en soit, il ne saurait y avoir d'incertitude sur la portée de l'article 330, § 1. Comme l'ordonnance, il ne laisse certainement place à aucune convention contraire. La forme impérative qui lui a été donnée, sur les observations de la Cour de cassation, a eu précisément pour but d'écarter à cet égard tous les doutes[4].

II. Valin commentant la disposition de l'ordonnance qu'a reproduite le premier paragraphe de l'article 330, disait : « La « contribution ne s'impute pas *ipso jure* sur le capital donné à

[1] Émérigon, *Assurance*, ch. 12, sect. 45 et 46.
[2] *Comment. sur l'article* 16, liv. III, tit. 5 de l'ordonnance.
[3] Émérigon, *Prêt à la grosse*, chap. 7, sect. 1, § 3.
[4] Locré, *Esprit du Code de com.*, t. II, p. 276.

« la grosse à l'effet de diminuer le profit maritime. » La portée de cette observation est facile à saisir : le prêteur, je le suppose, a fourni 10,000 francs et sa contribution est de 500 francs. On aurait pu dire : « Le prêteur, qui était créancier de 10,000 fr., étant devenu, par suite du sacrifice fait pour la conservation de ses droits, débiteur de 500 francs, la compensation s'est immédiatement opérée jusqu'à concurrence de cette dernière somme, et le capital dû au prêteur a été réduit à 9,500 francs. C'est donc seulement en proportion de cette dernière somme que le prêteur peut avoir droit au profit. Voilà ce que Valin n'admet pas; mais il n'en donne point de motifs. Pothier supplée à cette lacune : il fait remarquer (n° 45) qu'il ne peut pas être ici question de compensation, parce que l'obligation imposée au prêteur de contribuer aux avaries communes existe, non envers l'emprunteur, mais envers le tiers qui a procuré à ses dépens la conservation des droits du prêteur. On peut d'ailleurs ajouter que dans tous les cas l'obligation de contribuer aux avaries ne prend naissance qu'à l'arrivée, puisque jusque-là elle reste en suspens, comme on le verra plus bas. Elle ne peut donc avoir pour effet de diminuer *ipso jure* le capital soumis aux risques, à l'effet de diminuer le profit maritime.

Mais comment fixera-t-on cette contribution ? C'est ce qu'il faut maintenant examiner.

III. La contribution due par le prêteur comprend-elle toute la part afférente aux effets affectés au prêt, dans la répartition générale des avaries communes sur la masse contribuable? Supposons un prêt de 10,000 francs sur un chargement de 20,000 francs, le prêteur supportera-t-il seul toute la contribution imposée sur le chargement? Non sans doute, dans le système qui ne regarde le chargement comme affecté au prêt que pour moitié; mais on a vu que ce système doit être rejeté. Faut-il en conclure que le chargement étant affecté au prêt en son entier, la contribution aux avaries communes devra être mise en entier à la charge du prêteur? Les termes de l'article 330 pourraient faire penser que la contribution entière de la chose affectée est à la charge du prêteur. C'est aussi ce qu'enseigne Pardessus, n° 926. Mais on arriverait ainsi à un résultat injuste, évidemment contraire par là même au principe sur lequel repose la répartition des avaries communes, principe

de justice et d'équité. Aussi cette doctrine a-t-elle été repoussée, et ceux-là même qui ont admis que, dans l'hypothèse ci-dessus énoncée, le prêt de 10,000 francs affecte en entier le chargement de 20,000 fr., et qu'en conséquence, en cas de naufrage, l'emprunteur n'aurait aucun droit de concourir avec le prêteur sur les effets sauvés, ceux-là même ont reconnu qu'en cas d'avaries communes, il y avait lieu de faire concourir l'emprunteur avec le prêteur au payement de la contribution afférente à la chose affectée[1]. Mais dans quelle proportion aura lieu ce concours? « Nous observerons, dit Dageville, que le donneur n'est « passible de la contribution que produit l'avarie grosse qu'au « marc le franc de la somme qu'il a donnée à la grosse sur « les marchandises appartenant à l'emprunteur : ainsi, si ce « dernier a un chargement de 20,000 francs sur lequel il n'ait « emprunté que 10,000 francs, le donneur ne contribue que « pour la moitié et le preneur pour l'autre moitié. » Il résulterait de ce passage que la contribution du prêteur est invariablement déterminée par la quotité que représentait au départ la somme prêtée eu égard à la valeur de la chose affectée; de telle sorte que, quoi qu'il arrive, lorsque, comme dans l'espèce, la somme prêtée équivalait au départ à la moitié de la chose affectée, le prêteur devra toujours la moitié de la contribution. C'est ce que paraît aussi penser M. Bédarride, n° 993. Ce système ne me paraît pas en harmonie avec la règle qui doit présider à la répartition des avaries communes. Ceux-là seuls, d'après la loi, doivent contribuer à ces avaries qui se trouvent définitivement profiter du sacrifice fait pour le salut commun, c'est-à-dire ceux-là seuls dont les choses arrivent à terre. Ils contribuent à l'avarie dans la mesure du profit qu'ils retirent alors de la conservation de la chose, c'est-à-dire d'après son état et sa valeur à l'arrivée (art. 417, 424 C. com.). C'est d'après la valeur de la chose affectée, à l'arrivée, que sera fixé le dividende à elle afférent dans la répartition générale. La logique veut qu'on fasse d'après les mêmes principes la sous-répartition de ce dividende entre le prêteur et l'emprunteur. Le prêteur et l'emprunteur contribueront ainsi à payer le dividende afférent

[1] C'est ce que décide par exemple le tribunal de Marseille (*Rev. de législ.*, 1853, t. I, p. 111), quoiqu'au cas de naufrage il n'admette pas le concours du prêteur et de l'emprunteur sur le sauvé (*Ibid*, p. 95, 96). V. également Dageville, t. II, p. 665.

à la chose affectée dans la mesure de ce que chacun d'eux peut retirer de cette chose à l'arrivée. Prenons des exemples. Supposons qu'à l'arrivée le chargement vaille comme au départ 20,000 francs. Le prêteur prendra sur cette somme, outre son capital de 10,000 francs, son profit entier, que je suppose être de 1,000 francs, soit en tout 11/20es de la valeur totale du chargement. Il payera dans cette proportion le dividende afférent au chargement; l'emprunteur ne payera que le surplus, soit 9/10es. Si l'on suppose qu'à l'arrivée le chargement ne vaut plus que 11,000 francs, c'est-à-dire juste la somme qui revient au prêteur, ce dernier se trouvant alors seul profiter de la conservation de la chose, devra payer seul et en entier la contribution. A l'inverse, si l'on suppose, ce qui sera le cas le plus fréquent, qu'à l'arrivée le chargement vaut plus qu'au départ, soit 30,000 fr., le prêteur, qui ne pourra toujours prendre que 11,000 francs, contribuera seulement pour 11/30es, ou un peu plus du tiers; l'emprunteur payera le surplus.

Ce mode de règlement, que je n'ai trouvé indiqué dans aucun auteur, me paraît seul satisfaire pleinement l'équité et les principes posés par la loi pour la répartition des avaries communes.

IV. La question que je viens d'examiner paraît se présenter avec une face particulière lorsque c'est la chose même affectée au prêt qui a été sacrifiée pour le salut commun. Mais cette différence n'est qu'apparente. Les choses jetées ou sacrifiées pour le salut commun sont en effet réputées arrivées (art. 301, 415 C. com.). Le prêteur aura donc droit encore dans ce cas à tout son capital, sauf sa contribution à l'avarie commune, d'après les principes que je viens d'exposer. M. Bédarride, n° 993, ne paraît pas l'avoir compris ainsi. En cas de jet de la chose affectée, le prêteur, selon lui, serait simplement subrogé aux droits de l'emprunteur relativement à la contribution due par le navire et le reste du chargement. Ce système se réfute lui-même par ses conséquences : la contribution due au propriétaire de la chose jetée ou sacrifiée se fixant toujours d'après la valeur qu'aurait eue cette chose à l'arrivée, il en résulterait, si l'on appliquait l'idée de M. Bédarride, que la baisse des prix à l'arrivée diminuerait les droits du prêteur. Or la baisse des prix est-elle un risque que le prêteur ait pris à sa charge? peut-il être victime de la fausse spéculation de

l'emprunteur? L'idée de M. Bédarride a été avec raison repoussée [1].

Voyons maintenant quelle application comporte la disposition de l'article 330 sur les avaries particulières.

§ 2. — *Avaries particulières.*

I. La question de savoir comment doit s'entendre la disposition de l'article 330, qui met à la charge du prêteur les avaries particulières, ne me paraît pas non plus avoir jusqu'ici reçu sa véritable solution.

La pensée de la loi devient très-claire lorsqu'on remonte aux antécédents de l'article 330. L'ordonnance, je l'ai déjà dit, avait laissé les avaries particulières à la charge des emprunteurs, sauf convention contraire. On a vu que d'après Valin l'usage de pareilles conventions avait généralement prévalu. Néanmoins la rédaction primitive du projet mit en principe, comme l'ordonnance, les avaries simples à la charge des emprunteurs; mais d'énergiques réclamations ayant éclaté à ce propos, la section de l'Intérieur y fit droit. « Il est vrai, disait M. Begouen au Conseil d'État, que l'ordonnance avait mis les avaries simples à la charge des emprunteurs, sauf convention contraire; mais comme cette convention contraire est de clause ordinaire dans les contrats à la grosse, et que le prêteur fait d'autant moins de difficultés de se charger des avaries simples qu'il s'en décharge lui-même sur ses assureurs, la section propose une disposition qui se trouve parfaitement d'accord avec les usages du commerce et avec les convenances de toutes les parties [2]. » La pensée du législateur est claire : il a renversé le système de l'ordonnance, et il a érigé en règle du droit commun la clause que l'ordonnance n'avait réservée qu'à titre d'exception. Il s'ensuit que quand il n'a été fait aucune convention particulière, les choses sont aujourd'hui, d'après l'article 330, § 2, sur le pied où elles pouvaient être mises, sous l'ordonnance, par une convention spéciale portant que les avaries simples seraient à la charge des prêteurs. L'article 330, § 2, trouve donc naturellement son commentaire dans les explications qui étaient données, sous l'ordonnance, de la clause dérogatoire érigée en règle par notre article. Or on

[1] V. V. Frémery, *Études de droit com.*, p. 263. — Alauzet, n° 1349.

[2] Procès-verbaux, 24 juillet 1807, Locré, t. XVIII. p. 426.

voit dans Pothier, n° 43, que quand, par une clause dérogatoire, les parties étaient convenues de mettre les avaries particulières à la charge du prêteur, cela signifiait simplement qu'en cas d'avaries et de détériorations, l'obligation de rendre la somme prêtée serait réductible à la somme à laquelle la valeur des effets aurait été réduite par ces avaries ou détériorations; mais si, nonobstant les avaries, il restait une valeur suffisante pour désintéresser en entier le prêteur, celui-ci n'en avait aucunement à souffrir. En un mot, les suites d'une avarie ou détérioration étaient alors réglées comme les suites d'un naufrage. Il en doit donc être de même aujourd'hui : le prêteur ne doit souffrir, des avaries que comme il souffre du naufrage, c'est-à-dire si, par suite des avaries, la valeur des effets affectés ne suffit plus pour le désintéresser.

Est-ce ainsi que l'article 330, § 2, a été compris? Je ne connais pas de monuments de jurisprudence sur la question; mais si, à défaut de la jurisprudence, on consulte les auteurs, on verra que faute d'avoir analysé avec soin les précédents de l'article 330, ils n'ont eu que des idées vagues et confuses sur sa portée. Ils paraissent en général avoir pensé que quand même après les avaries il resterait une valeur suffisante pour désintéresser en entier le prêteur, celui-ci n'en aurait pas moins à souffrir de ces avaries dont il devrait *indemniser l'emprunteur*. Pardessus, n° 926, s'exprime ainsi : « Dans quelque « état que les choses affectées au prêt arrivent à leur destina- « tion, l'emprunteur doit rembourser le capital et le profit ma- « ritime; mais si elles ont éprouvé des avaries, le prêteur *doit* « *l'en indemniser*..... Si les avaries sont simples, soit qu'elles « consistent en détériorations ou pertes, soit qu'elles consistent « en dépenses pour réparations, séjours forcés, etc., le prêteur « *supporte la somme à laquelle elles sont évaluées.* » Delvincourt, t. II, p. 315, décide de même qu'en cas d'avaries particulières le prêteur est tenu d'indemniser l'emprunteur de tout le dommage éprouvé. Telle paraît avoir été aussi la pensée de Dageville, lorsqu'il s'est borné à dire que l'article 330, § 2, *laisse le poids des avaries simples à la charge du prêteur*. M. Bédarride, n° 991, s'exprime moins clairement; mais son idée paraît être la même. Il dit « que l'emprunteur ne doit rien perdre au « delà du profit maritime. » Jusqu'ici aucune distinction entre le cas d'un prêt égal à la valeur de la chose affectée et celui

d'un prêt inférieur à cette valeur. M. Dalloz s'occupant spécialement de ce dernier cas, dit (n° 1416, v° *Droit marit.*) que si le prêt à la grosse est inférieur à la valeur de l'objet affecté, l'avarie est supportée par le prêteur et l'emprunteur *à proportion de leur intérêt*. M. Cauvet, dans l'article de la *Revue de législation* déjà cité (1853, t. I, p. 110), présente cette opinion comme généralement admise : « En ce qui concerne les avaries particu-« lières, on admet, dit-il, généralement que le prêteur doit y « contribuer, non pour le tout, mais relativement et proportion-« nellement à la somme prêtée, l'emprunteur devant y contribuer « pour le surplus en raison de son découvert. »

Je repousse tout d'abord ce dernier système : il repose en effet sur cette idée que dans le cas d'un prêt inférieur à la valeur de la chose sur laquelle il a été fait, l'affectation de cette chose n'est que proportionnelle. Or j'ai rejeté plus haut cette idée dont M. Cauvet est, on l'a vu, un des plus énergiques défenseurs [1]. Je crois avoir démontré que, quelle que soit la somme prêtée, qu'elle soit inférieure ou égale à la valeur de la chose sur laquelle le prêt a été fait, ce prêt affecte la totalité de la chose si le contraire n'a été exprimé. Il n'y a donc, sous ce rapport, aucune distinction à faire entre les deux hypothèses.

En faut-il conclure, que dans les deux cas le prêteur devra tout le montant des avaries, ainsi que semblent l'avoir pensé MM. Pardessus et autres? L'article 327 suffit pour démontrer qu'une pareille doctrine est inadmissible. On a vu qu'en cas de naufrage, qu'il s'agisse d'un prêt inférieur ou égal à la valeur de la chose affectée, le prêteur, d'après cet article, a toujours droit à la valeur entière des effets sauvés; de telle sorte qu'il n'éprouve aucun préjudice du naufrage lorsque la valeur sauvée suffit à le désintéresser, et qu'il n'en est atteint que si cette valeur est insuffisante pour payer sa créance. N'y aurait-il pas contradiction grossière à faire produire plus d'effet à de simples avaries? L'article 327 détermine la portée de l'article 330. Ce dernier article évidemment ne peut mettre les avaries à la charge du prêteur que dans la mesure où l'article 327 met à sa charge le naufrage.

[1] M. Cauvet est ici d'accord avec lui-même. Je n'en pourrais dire autant de M. Dalloz, qui semble avoir oublié que quelques lignes plus haut, au n° 1406, il s'est prononcé contre le système de l'affectation proportionnelle.

II. Le système que le Code a érigé en droit commun étant ainsi expliqué, il convient de nous occuper de la convention dérogatoire qu'il autorise. Après avoir dit en effet que les avaries simples sont à la charge des prêteurs, l'article 330, § 2, ajoute: *s'il n'y a convention contraire.*

On a critiqué cette faculté laissée aux parties et l'on a émis le vœu de sa suppression [1]. Il me semble plutôt qu'on a bien fait de respecter ici la liberté des conventions. Il doit être loisible aux parties de faire toutes stipulations qui ne sont point manifestement iniques ou contraires à l'essence du contrat. Celle-ci n'a ni l'un ni l'autre caractère, pourvu qu'on n'en fasse pas une fausse interprétation.

Quel est donc le véritable sens de cette convention?

Ce que j'ai dit plus haut sur les précédents de l'article 330 me servira encore ici de guide. Le Code, je l'ai dit, a fait l'inverse de l'ordonnance. Il a érigé en règle ce que l'ordonnance n'avait admis qu'à titre d'exception, et réciproquement il a réservé sous forme d'exception ce que l'ordonnance avait établi comme disposition du droit commun. La clause dérogatoire dont parle l'article 330, § 2, met donc les choses sur le pied où elles étaient mises par l'ordonnance à défaut de convention spéciale. Voyons comment l'ordonnance était entendue en ce point. Le sens qu'on lui donnait déterminera le sens à donner à la clause qui ressuscite aujourd'hui sa disposition.

Malheureusement on ne trouve pas dans les commentateurs de l'ordonnance toute la précision désirable.

Pothier, n° 42, part de l'idée que la condition du prêt à la grosse étant l'arrivée de la chose, il suffit qu'elle arrive en quelque état que ce soit. Le prêteur sera donc fondé à exiger tout son capital et tout son profit, *quelque endommagés qu'aient été les effets par des accidents de force majeure.* Mais Pothier n'en décidait ainsi que pour la détérioration; il envisageait autrement le cas de perte partielle. « *Quid* s'il n'était « arrivé qu'une partie desdits effets, et que le surplus eût été « perdu ou pris? La condition n'existe que jusqu'à concur- « rence de la valeur de ce qui reste, et elle défaillit pour le surplus. » (N° 47.) La pensée de Pothier était donc que dans ce cas, comme en cas de naufrage, le prêteur devait être réduit à la valeur des restes.

[1] Bédarride, sur l'article 330, n° 996.

Valin s'explique également sur le cas de perte partielle en commentant l'article 11 de l'ordonnance reproduit par notre article 325. « De cet article, dit-il, il ne s'ensuit pas « que si la perte n'est pas totale, le contrat subsiste dans « son intégrité. La raison veut que celui qui est tenu de sup- « porter la perte, lorsqu'elle est entière, la supporte à pro- « portion lorsqu'elle est moindre. Ainsi, ajoute-t-il, si elle est « de moitié, par exemple, ou du tiers, le contrat est réduc- « tible à proportion suivant l'article 17 ci-après. » Qu'entendait Valin par cette réduction proportionnelle? Voulait-il dire que le capital et le profit subiraient, par exemple, une réduction de moitié ou des deux tiers toutes les fois que la perte aurait été de moitié ou des deux tiers? Les expressions employées par Valin pourraient faire naître cette pensée, si l'on ne prenait garde que Valin se réfère ici à l'article 17 de l'ordonnance auquel il renvoie expressément. Or cet article 17, auquel correspond l'article 327 de notre Code, parlait, non d'une réduction *proportionnelle* à proprement parler, mais d'une *réduction à la valeur* des effets sauvés, ce qui est bien différent[1]. Le passage de Valin, quoiqu'on ait semblé penser le contraire[2], n'a donc pas un autre sens que celui de Pothier. Valin, comme Pothier, paraît n'avoir voulu mettre la perte partielle à la charge du prêteur qu'en le réduisant simplement à la valeur des effets arrivés.

Mais Valin et Pothier ont-ils entendu adopter cette règle de l'article 17 toutes les fois qu'il y aurait eu perte partielle, ou seulement lorsque cette perte partielle aurait eu le caractère soit d'un naufrage, soit d'un autre sinistre majeur? Valin et Pothier ne s'expliquent pas clairement sur ce point. Émérigon (ch. 11, sect. 1, § 2 et 3) est beaucoup plus net. Il laisse au compte de l'emprunteur tout dommage ou

[1] Prenons un exemple : 30,000 francs, je le suppose, ont été prêtés à la grosse sur trente barriques de vin valant au départ 1,000 francs chacune. Dix de ces barriques ont été perdues par suite de fortune de mer. Si l'on opérait une déduction proportionnelle, on dirait : Un tiers de la chose a péri ; le capital doit donc être réduit d'un tiers, soit à 20,000 francs, avec profit dans la même proportion. Si, au contraire, on réduit simplement le prêteur à la valeur des effets arrivés, comme vingt barriques arrivées pourront à elles seules représenter une valeur de 30 ou 40,000 francs, le prêteur aura alors tout son capital.

[2] Alauzet, sur l'article 330, n° 1351.

toute perte qui ne procède point d'un sinistre majeur. Mais il assimile au cas de naufrage seul prévu par l'ordonnance les autres sinistres majeurs qui donneraient lieu à délaissement s'il s'agissait d'assurance. « Lorsqu'on se trouve dans ces cas, « dit-il, la perte entière légale est encourue. Il s'agit alors de « sauvetage, et le contrat est réduit à la valeur des effets sau- « vés. » Ce que dit Émérigon est ce que nous trouvons de plus satisfaisant sur la question que soulevait l'ordonnance. Telle était sa meilleure interprétation.

Telle doit être aussi l'interprétation de la clause qui ramène les choses au point où les mettait l'ordonnance.

Cette clause, en somme, correspond, pour le prêt à la grosse, à la clause franc d'avaries dans le contrat d'assurance. L'article 409, qui fixe le sens d'une assurance faite *franc d'avaries*, dégage les assureurs de la responsabilité des sinistres mineurs, mais en laissant subsister cette responsabilité pour les sinistres majeurs qui fondent le délaissement. Sans doute l'article 409 est étranger au prêt à la grosse, et l'on ne doit pas indiscrétement transporter à ce contrat les règles de l'assurance. Mais ce n'est pas seulement par l'article 409 que je me décide. La décision que j'indique est conforme, on l'a vu, aux précédents de la matière. Ils conduiraient à cette décision, quand même l'article 409 n'existerait pas.

On peut maintenant embrasser d'un coup d'œil les suites des fortunes de mer pour le prêteur à la grosse :

1° La perte entière des objets affectés entraîne l'extinction absolue de la créance, à moins qu'ils n'aient été perdus pour le salut commun, auquel cas la créance du prêteur reste entière, sauf sa contribution.

2° Le créancier est réduit à son capital, à prendre sur la valeur de ce qui reste, en tant qu'elle y suffit, soit en cas de naufrage, soit en cas de quelque autre sinistre majeur équivalant au naufrage, c'est-à-dire qui fonderait pareillement le délaissement s'il s'agissait d'assurance.

3° Les dommages et pertes résultant de moindres sinistres atteindront aussi sa créance, si la valeur qui reste se trouvait insuffisante pour la payer. Mais il n'en sera ainsi qu'à défaut de convention contraire. La clause *franc d'avaries* ne permettra d'opposer au prêteur que les sinistres majeurs.

4° En cas d'avarie commune, l'emprunteur, nonobstant

toute convention contraire, contribuera à la réparation de cette avarie dans la proportion du bénéfice qu'il retire à l'arrivée du sacrifice fait pour le salut commun.

L. M. DE VALROGER.

RECHERCHES SUR LA MISE EN LIBERTÉ SOUS CAUTION.

Par M. Georges Picot, avocat à la Cour impériale de Paris.

DEUXIÈME ARTICLE [1].

Ordonnances. Juristes. 1453-1659.

Nous avons examiné jusqu'au XIVe siècle la situation des accusés; nous avons reconnu qu'elle était intimement liée aux révolutions politiques et au progrès moral des peuples; nous avons retrouvé les textes qui la protégeaient au milieu de l'inquiète confusion du moyen âge et admiré les réformes dues à la généreuse initiative de saint Louis. Avant d'aborder l'étude de la transformation la plus profonde qu'ait subie la procédure criminelle, nous devons rappeler quelles ont été les causes de ce changement pour en faire comprendre les conséquences.

Parmi les juridictions spéciales organisées sous la féodalité, nulles n'avaient vu leur influence s'étendre plus rapidement que les cours ecclésiastiques. Ayant conservé, avec le souvenir des auteurs anciens, la tradition de l'antiquité, s'élevant par leurs graves études au-dessus du niveau de leur siècle, les clercs, en établissant les justices d'église, avaient vu les priviléges qu'ils créaient pour eux-mêmes appréciés et bientôt revendiqués par la société laïque. On se pressait autour de ces juges qui avaient substitué les premiers aux décisions arbitraires de la force et du hasard une recherche sincère de la vérité. Peu à peu les justices royales, menacées dans leur autorité, empruntèrent aux Cours d'église les formes de leur procédure. C'est ainsi que les dépositions de témoins, les interrogatoires, les réunions de preuves pénétrèrent peu à peu dans le système

[1] V. t. XX, p. 56.

inauguré au XIIIe siècle. Que pouvait devenir l'accusé au milieu de ces éléments nouveaux de conviction? Tant que les accusations privées subsistèrent, sa situation ne se modifia pas sensiblement : la liberté provisoire assurait entre l'accusateur et l'accusé l'égalité des chances, et ce privilége, restreint par sa nature même à ceux qui offraient de sérieuses garanties, ne pouvait affaiblir la marche des justices royales. Mais sous l'influence du pouvoir central qui représentait la réaction universelle contre les *désordres introduits dans le royaume pendant la guerre des Anglais* (ordonn. de 1453), l'autorité judiciaire devait exagérer son action. En se substituant aux accusateurs privés, le zèle des gens du roi et l'entraînement général transformèrent la procédure : en croyant améliorer, on dénatura le système des preuves; l'aveu parut le dernier terme de l'instruction; pour l'obtenir, tous les moyens semblèrent bons : la publicité rendait l'intimidation difficile, on inventa la procédure secrète, on multiplia les interrogatoires, qu'on fit suivre de récolements et de confrontations. Une telle pression exercée sur la conscience de l'accusé devait rompre l'équilibre nécessaire entre l'attaque et la défense et amener ainsi par la force des choses l'arrestation et la détention prolongée.

Dès le milieu du XVe siècle, l'ordonnance de Moutils-lès-Tours témoigne de cette modification des idées : la procédure écrite se développe, et l'emprisonnement avant le jugement tend à devenir la règle commune. En 1493, l'ordonnance de Charles VIII marque un nouveau progrès dans la même voie [1]. Le rôle de l'action publique grandit : elle ne dépasse pas encore les bornes dans lesquelles doit se contenir son droit de surveillance, mais ses instincts se manifestent, et dès son origine on devine l'instrument le plus puissant de la procédure secrète.

Jusqu'ici la loi avait toujours été l'expression du sentiment public : les coutumes, les chartes et les premières ordonnances s'étaient bornées à constater des usages; entre les textes et leurs commentateurs contemporains, il y avait une unité absolue de pensée et d'action. Avec les tendances répressives du pouvoir royal, cet accord devait se rompre; aussi étudierons-nous la situation des accusés sous le régime des deux ordonnances de 1498 et de 1539 avant de rechercher l'opinion des jurisconsultes.

[1] Ordonnance de Charles VIII, 1493, art. 85. — V. Rec. de Néron.

Dans la nouvelle procédure criminelle telle que l'organisaient Louis XII et François Ier, il y avait deux périodes bien marquées : la première s'étendait depuis l'origine des poursuites jusqu'à la communication des pièces au procureur du roi. Pendant ce temps, l'accusé était toujours arrêté; mais quand le juge avait vu les informations et les interrogatoires et qu'il estimait que le fait n'était pas de nature à être puni de peines corporelles et infamantes, *les parties étaient appointées contraires*[1], c'est-à-dire qu'elles étaient admises à fournir toutes deux la preuve des faits qu'elles alléguaient. Le procès criminel devenait un procès civil. L'information était remplacée par l'enquête[2]. Le prisonnier était libre, et une caution répondait de sa comparution. Les procès où l'on reconnaissait un cas de responsabilité civile n'étaient pas les seuls qui changeassent de formes. « Il y avait plusieurs délits et matières criminelles qui ne devaient être poursuivis par voie extraordinaire soit pour la modicité de la chose ou pour la modicité du crime[3], » et Bourdin, qui a commenté l'ordonnance de 1539, nous apprend que la réception en procès ordinaire a lieu quelquefois pour les grands délits, « car même ès crimes atroces, lorsqu'il y a parité et concurrence de preuves, tant de la part de l'accusateur que pour la défense du criminel, on a coutume de mettre et recevoir les parties en procès ordinaire[4]. » Il nous donne comme exemple les accusés d'homicide quand ils prouvent

[1] Art. 119. Et en matières criminelles, quand les parties sont appointées contraires et en enquestes, si la matière y est disposée, le prisonnier sera eslargy en baillant bonne et suffisante caution de comparoir en personne au jour que l'enqueste se devra rapporter ou estre reçüe. (Cet article est répété dans l'ordonn. de François Ier, 1535, art. 28.) — Art. 121. Que en toutes matières criminelles, si l'on trouve que en voyant et consultant le procès ordinaire, que le prisonnier eslargy doive estre condamné en aucune peine corporelle, criminelle ou civile, nosdits baillifs, sénéchaux et juges feront restreindre ledit prisonnier. (Ordonn. de Louis XII, mars 1498.) Nous ne retrouvons pas cet article dans les ordonnances de 1539 et de 1670.

[2] V. Inst. crim., Faust. Hélie, vol. I, p. 633.

[3] Rec. de Néron, Ier vol., p. 248. — Paraph. de M. Bourdin sur l'article 150.

[4] Sinon que la matière fût de si petite importance que après les parties ouïes en jugement l'on dût ordonner qu'elles seraient reçues en procès ordinaire, et leur présager un délai pour informer de leurs faits, et cependant élargir l'accusé à caution limitée, selon la qualité de l'excès et du délit et à la charge de se rendre en l'état au jour de la réception de l'enquête. (Art. 150, ordonn. de 1539.)

qu'il y a un alibi ou qu'ils ont frappé la victime en cas de légitime défense; mais chaque fois qu'on prévoit une confrontation, comme elle doit se faire en prison fermée, ce n'est qu'après « icelle faite et parfaite » que l'accusé peut estre élargy [1]. Pourquoi d'ailleurs réunir tant de preuves pour retrouver le principe de l'élargissement écrit dans une loi? Il était fatalement étouffé par les règles étroites d'une procédure qui exigeait à chaque instant la présence de l'accusé dans la prison. Comment admettre, en effet, qu'un juge armé pour la poursuite des droits illimités que lui donnait l'ordonnance de 1539, convaincu par l'ensemble de la législation que la découverte de la vérité était au prix de la contrainte exercée sur l'accusé, se dessaisît du seul élément qui pût assurer sa conviction?

Aussi voyons-nous les usages locaux se modifier peu à peu : des ordonnances royales et des arrêts du Parlement de Bretagne permirent d'arrêter les gens domiciliés que la coutume laissait libres jusqu'au jugement [2] et vinrent restreindre la faculté d'élargissement. La jurisprudence se modifie lentement et s'écarte comme à regret de la tradition. Encore tout pénétrés des maximes du droit romain, les jurisconsultes s'efforcent de lutter contre les tendances nouvelles, en interprétant les ordonnances à l'aide du Digeste.

Farinacius nous apprend qu'un clerc qui offrait des cautions ne pouvait être retenu en en prison, *nisi delictum sit enorme* [3].

Les nobles et les personnes considérables jouissaient du même privilége [4]. Dans toute accusation ils réclamaient le bénéfice de la caution juratoire [5] comme un droit en s'appuyant sur les

[1] Ordonnance de 1536, à Valence; ordonnance de 1539, art. 152; V. les comment. sur l'art. Rec. de Néron.

[2] Ordonnance sur l'érection de la juridiction des prévôts des maréchaux au duché de Bretagne, François Ier, 20 mars 1533; arrest donné à Nantes au parlement, 20 septembre 1535.

[3] Farinacius, quæst. 33, n° 58. « Clericus, si fidejussores offerat, non potest carceribus detineri, nisi delictum sit enorme. »

[4] Guazzinus, *Op. crim.*, def. 6, 31. « Si carceratus fuerit nobilis et magnæ existimationis, relaxari debeat fidejussoribus etiam si pœna esset corporis afflictiva imponenda.»—Farin., 2, 33, n°s 60-61. « Si delictum, de quo nobilis inquiritur, est tale, quod pro eo imponenda est pœna, nedum corporalis, sed mortis, poterit etiam isto casu judex, si sibi videbitur, illum non carcerare, sed loco carceris unam cameram in palatio sibi assignare cum custodia militum. »

[5] Jul. Clar., quæst. 46, n° 16. « Viri illustres non possunt cogi ad fidejus-

textes de Théodose [1]; mais dans le cas où le crime était passible de la peine de mort, c'était une faveur qu'ils imploraient du juge; celui-ci pouvait à son gré désigner à l'accusé une salle de son château gardée par des soldats ou la prison commune.

Pour les classes non privilégiées, toutes les fois qu'une simple amende devait frapper le coupable, la liberté provisoire était un droit absolu [2]. L'accusé ne trouvait-il point de cautions, il offrait un gage et les portes de la prison devaient s'ouvrir devant lui. Le juge refusait-il de l'élargir, l'accusé pouvait intenter contre lui l'action d'injures [3]. La caution juratoire n'était pas réservée seulement aux nobles; admise dans tous les procès civils, elle l'était aussi quelquefois dans les procédures criminelles, ce qui permettait d'élargir les accusés pauvres [4].

Les délits passibles de peines emportant effusion de sang mettaient obstacle à l'élargissement provisoire. On était persuadé que cette mesure eût nécessairement amené l'évasion du coupable; aussi les juges l'accordaient-ils toujours quand ils prévoyaient le bannissement ou l'exil [5]; si l'accusé ne reparaissait pas, il ne faisait que devancer sa peine. Quand un prisonnier s'était évadé ou bien avait trahi une première fois sa caution, il devenait indigne de la faveur de la loi et ne pouvait jamais obtenir sa liberté, même quand la peine ne devait être qu'une amende [6].

sionem præstandam in causa criminali, sed dimitti debent juratoriæ cautioni. »

[1] V. le premier article, janvier 1862, *Revue*, p. 71; L. 17, Cod., *De dignitatibus*.

[2] Far., 2, 33, n° 1. « In levibus delictis, et ubi agitur de pœna non corporali, sed pecuniaria carceratus relaxandus est sub fidejussoribus. » — Guaz., def. 6, n° 32. « ..... non debet detineri in carceribus, sed est dimittendus sub cautione. »

[3] Far., 2, 33, n° 6. « Si carceratus non habet fidejussores, offerat pignora : si judex non vult eum relaxare, poterit agere contra ipsum actione injuriarum. » — Guaz., def. 6, n° 34. « ..... offerat pignora : judex tenetur sub pignoribus illum dimittere, alias in syndicatu poterit agi contra ipsum actione injuriarum.

[4] Farin., 2, 33, n° 43. « Fidejussores non inveniens, admittatur ad juratoriam cautionem, non solum in civilibus, sed in criminalibus. Et istam practicam esse optimam et laudabilem testatur : cum iniquum sit permittere, ut iidem carcerati ob eorum paupertatem et impotentiam inveniendi fidejussores in carceribus marcescant. »

[5] Guaz., *Op. crim.*, def. 6, n° 39. — Jul. Clar., q. 32, n° 5.

[6] Farin., q. 33, n° 34. « Regula non procedat, quando carceratus alias,

Les cautions qui ne pouvaient représenter l'accusé n'étaient jamais condamnées qu'à une peine pécuniaire; mais si elles avaient assumé sur elles la responsabilité des gardiens et des geôliers, elles encouraient comme eux des châtiments corporels [1].

Le droit commun qui s'établit sur cette matière au XVIe et au XVIIe siècle ne se retrouve pas seulement dans les traités de droit criminel : à la même époque la jurisprudence du Châtelet de Paris était beaucoup plus douce que le texte des ordonnances. Pierre Lizet [2] nous rapporte qu'on ne décernait prise de corps que dans les cas les plus graves et lorsqu'on craignait la fuite, mais qu'autrement on se contentait d'un ajournement personnel. Le juge avait égard à la situation des accusés. — « Et aussi selon la qualité des personnes quand elles seront notables et d'honnête famille et que les cas ne seront si griefs, le juge pourra et devra ordonner que celui contre lequel il a déclaré prise de corps, après qu'il sera amené et qu'il aura passé le guichet, sera mis en quelque bonne et notable maison d'un officier du Roy sous bonne et seure garde [3]. »

vel ex carcere, vel sub fidejussoribus relaxatus aufugisset : nam tunc se facit indignum ut iterum sub fidejussore relaxetur, etiam quod agitur de pœna pecuniaria. »

[1] « Cùm tanquam custodes et commentariensis carceratum sub custodia recipiunt..... isto casu fidejussor censetur obligatus ut custos et punitur etiam corporaliter si carceratum non representat. » Farin., q. 33, n° 76.

[2] Pierre Lizet, *Pract. civ. et crim.*; Paris, 1659, lib. II, cap. 2.

[3] Doit-on s'étonner de trouver de tels usages au Châtelet quand le Parlement de Paris proclamait dans la chambre Saint-Louis les vrais principes de la liberté civile? — Art. 6. Qu'aucun des sujets du Roy, de quelque qualité et condition qu'il soit, ne pourra estre détenu prisonnier passé vingt-quatre heures, sans estre interrogé, suivant les ordonnances, et rendu à son juge naturel, à peine d'en respondre, par les geoliers, capitaines et tous autres qui les détiendront en leurs propres et privez noms; et que ceux qui sont de présent détenus sans forme ni figure de procez, seront mis en liberté, et remis en l'exercice de leurs charges et possessions de leurs biens; et qu'aucun officier ne pourra estre troublé en la fonction et exercice de sa charge par lettre de cachet, portant deffense d'entrer en leurs compagnies, rélégation en leurs maisons ou ès villes et chasteaux du Royaume, arrest et détention de leurs personnes, ou autrement, mais seulement en informant contre les officiers, et faisant leurs procez suivant les ordonnances. — Cet article, digne des plus généreux élans de l'Assemblée constituante, fut rédigé le 1er juillet 1648 par le Parlement de Paris, imposé par lui à la reine dans les conférences de Saint-Germain, et textuellement contenu dans la décla-

Ordonnance de 1670.

En donnant à la procédure secrète une forme définitive, l'ordonnance de 1670 vint encore modifier la législation antérieure. Elle ne parlait plus de la liberté sous caution, mais l'élargissement pur et simple en tint lieu, et les commentateurs nous apprennent que les Parlements ne cessèrent pas d'appliquer les anciens usages, malgré le silence de la loi.

Sous ce Code criminel, qui régit plus d'un siècle, voyons quelle était la situation de l'accusé.

Dès le début de l'instruction, trois décrets pouvaient être lancés. L'article 2 du titre 10 portait : — « Selon la qualité des « crimes, des preuves et des personnes, sera ordonné que la « partie sera assignée pour être ouïe, ajournée à comparoir en « personne ou prise au corps. » — Le juge devait user d'une grande prudence dans le choix du décret pour éviter d'être pris à partie, et sa détermination devait se fixer selon la nature du fait, le mode de preuves nécessaires pour arriver à la vérité et la position personnelle de l'accusé. Ainsi, lorsque le délit était tellement léger qu'il ne pouvait donner lieu qu'à de simples condamnations pécuniaires, comme les injures verbales, les spolations d'hoirie par des héritiers, le juge, au lieu de décréter, devait renvoyer les parties à l'audience : le procès devenait civil et se poursuivait par assignations contre un défendeur libre [1].—Avant de lancer un décret, le juge devait peser la valeur des charges et surtout la qualité des personnes; leur âge, leur sexe, leur condition étaient les divers éléments de sa décision : les enfants et les femmes ne devaient être arrêtés que pour des crimes atroces. On ne pouvait décréter de prise de corps une personne domiciliée, si ce n'est pour un fait qui devait entraîner une peine afflictive ou infamante [2], tandis que le devoir du juge était de se saisir, pour les moindres excès, des vagabonds et des gens sans aveu [3].—De tous ces textes ré-

ration royale du 24 octobre 1648, que Louis XIV, quatre ans plus tard, en 1652, déclarait nulle et de nul effet.

[1] Jousse, vol. II, p. 168, n° 12. — Muyart de Vouglans, p. 198, 2.

[2] Ordonnance de 1670, tit. 10, art. 19. — Mais la plupart des peines avaient ce double caractère. (Muy. de V., *Inst. crim.*, p. 302.

[3] Jousse, vol. II, p. 167, n° 8. — Carondas, *Pand.*, lib. XVI, cap. 4. — Imbert, liv. IV, chap. 2, n° 4. — Papon, liv. XXIV, tit. 3, n° 5.

sultait pour le juge un pouvoir absolu, et l'on peut dire que le sort des accusés dépendait absolument de sa décision souveraine.

Suivons maintenant l'accusé dans les prisons, et voyons quels étaient les cas d'élargissement provisoire. L'ordonnance distingue à cet égard ceux qui ont été décrétés originairement de prise de corps de ceux qui ont été arrêtés en vertu d'un décret de prise de corps, qui n'est devenu tel que par la conversion du décret d'ajournement personnel. Dans ce dernier cas, en effet, le refus de comparaître a seul motivé la sévérité du juge; aussi l'ordonnance n'a-t-elle pas cru devoir traiter cet accusé avec la même rigueur que celui dont le crime a occasionné le décret : aussitôt après l'interrogatoire (tit. 10, art. 21), elle prescrit l'élargissement de l'accusé, pourvu qu'il ne soit survenu contre lui aucune nouvelle charge. Cet élargissement provisoire est un droit absolu, affranchi de toute formalité, même des conclusions du ministère public, et accordé par une simple ordonnance mise au bas de l'interrogatoire.

La mise en liberté des accusés originairement décrétés de prise de corps est loin d'être aussi simple. L'ordonnance de 1670 prescrit les conditions nécessaires (tit. 10, art. 22) : elles sont de quatre sortes : 1° l'élargissement ne peut jamais avoir lieu après le règlement à l'extraordinaire : il ne peut être demandé que pendant la première partie de la procédure; 2° les juges doivent avoir vu les informations et les interrogatoires; 3° les procureurs du roi et des seigneurs doivent donner leurs conclusions sur la demande en élargissement; 4° la partie civile doit avoir été régulièrement sommée de répondre. — Dans la première rédaction de l'article, on avait donné à la partie civile un rôle plus important : ses réponses devaient précéder l'ordonnance d'élargissement. M. Talon fit remarquer avec raison que dans les cas où un prisonnier appellerait au Parlement de son emprisonnement, s'il fallait communiquer à la partie civile, on ne pourrait jamais ordonner d'élargissement, parce qu'avant que les délais pour constituer un procureur sur l'appel fussent expirés, les premiers juges auraient rendu leur sentence définitive. D'un autre côté, si l'on suspendait l'examen du fond, cette mesure tournerait à l'oppression du prisonnier, parce qu'il demeurerait deux ou trois mois sans pouvoir obte-

nir sa liberté. D'ailleurs M. Talon ajoutait qu'il ne fallait pas craindre une surprise dans ces élargissements sans consulter la partie civile, car il n'y avait point d'année que l'on ne donnât à la Tournelle une infinité d'arrêts d'élargissement, sur le vu des informations, sans entendre les parties et qu'il en advînt le moindre inconvénient. Malgré l'avis de M. Pussort, qui affirmait qu'il y avait beaucoup plus d'inconvénient d'élargir légèrement et avec trop de précipitation un accusé que de le retenir dans les prisons un peu plus de temps qu'il n'y devrait être, l'opinion de M. Talon prévalut dans la rédaction; dès lors, dans la pratique, que la partie ait répondu ou non, on passait outre [1].

Ces élargissements ne pouvaient être prononcés que de l'avis de tout le siége, et le juge d'instruction ne pouvait seul les ordonner [2]. — Les prévôts des maréchaux, les lieutenants criminels et tous autres juges devaient se soumettre aux formes de l'ordonnance, et il leur était défendu d'élargir seuls les accusés (art. 17, tit. 2 de l'ordonnance).

La liberté provisoire ne s'accordait jamais quand le crime était de nature à emporter une peine corporelle, presque jamais dans le cas où la peine pouvait être afflictive, à moins qu'il n'y eût des raisons particulières, comme une prolongation imprévue de la procédure, ou une ordonnance de plus amplement informé. Cela s'observait ainsi tous les jours, surtout à l'égard des accusés qui étaient de condition honnête et domiciliés, lorsqu'il n'y avait aucun soupçon de fuite [3]. — De tout ce que nous venons de voir, résulte clairement la preuve que l'accusé originairement décrété de prise de corps n'était élargi que par une faveur tout à fait exceptionnelle.

Il n'en était pas de même quand les parties avaient été reçues en procès ordinaire; l'élargissement devait suivre la conversion [4]. Ce changement de formes n'avait lieu que dans deux cas: lorsqu'en matières légères on avait eu le tort de commencer une information et qu'en sentant l'inutilité des récolements et des confrontations on voulait revenir à des voies plus ra-

[1] Proc.-verb. des conf. sur l'article 22 du tit. 10, p. 145.

[2] Arrêt du Conseil du 31 août 1689, art. 24. — Édit de septembre 1697, art. 47, sur les présidiaux de Franche-Comté. (V. Jousse, t. II, p. 561.)

[3] Jousse, vol. II, p. 566, n° 106.

[4] Proc.-verb. des conférences, p. 230.

pides; lorsque l'accusé ne niait pas l'action qu'on lui imputait, mais prétendait avoir été en droit de la faire, quand par exemple, il avait tué un homme en se défendant. Dans ces sortes d'affaires, celui qu'on accusait pouvait opposer une contre-enquête à celle de la partie; il lui fallait sa liberté d'action; c'est en prenant la voie civile que l'ordonnance de 1670 lui donnait les moyens de réunir les preuves.

Nous avons vu les cas dans lesquels on élargissait l'accusé; recherchons maintenant sous quelles garanties la justice accordait cette faveur. Ici rien n'est défini par l'ordonnance; les commentateurs nous indiquent les usages qu'ils rapportent suivant leur opinion et leurs vœux; toutefois, il paraît évident qu'il y avait dans la pratique plusieurs sortes d'engagement. L'accusé, quel que fût le décret qui l'eût originainement frappé, devait promettre de se représenter à toute assignation, et pour en faciliter la remise, faire élection de domicile devant le greffier. Tout élargissement entraînait ces deux formalités; souvent on exigeait que le domicile fût élu sur le lieu même où s'instruisait le procès, on disait alors de l'accusé qu'il avait pour prison *le lieu de la juridiction*. Quelquefois on lui donnait pour prison *les chemins de la juridiction* ou *les grands chemins*; cela signifiait que le juge d'appel, après l'avoir élargi à la charge de se représenter, lui prescrivait d'élire domicile devant la Cour où il était renvoyé [1].

Ainsi il n'y avait point d'élargissement sans engagement de comparaître à toute réquisition. Aussitôt après l'interrogatoire, l'accusé présentait une requête au juge qui la communiquait à la partie publique, et sommait la partie civile de prendre ses conclusions. Le procureur du roi ou la partie exigeait une caution dont cette dernière prescrivait le plus souvent l'importance selon la mesure des dommages-intérêts qu'elle réclamait. Elle discutait sa solvabilité, et acceptait ou rejetait la garantie offerte. Ce pouvoir énorme accordé au plaignant était restreint par le juge qui pouvait ordonner que la caution ne serait tenue que subsidiairement et si l'accusé n'était pas solvable [2]. L'obligation souscrite par la caution pouvait revêtir toutes les formes; c'était un dépôt d'argent, un engagement éventuel, une hypothèque spéciale ou générale; et quelquefois, si l'accusé était

[1] Papon, lib. XXII, tit. 5, n° 15. — Airault, liv. III, part. 4, n° 11, p. 562.
[2] Arrêt du parlement de Dijon cité par Jousse, vol. II, p. 571.

d'un rang distingué, ou si sa pauvreté l'empêchait de trouver un répondant, on se contentait de la caution juratoire qui donnait à la promesse la consécration d'un engagement d'honneur. La réception des cautions était soumise aux formalités prescrites par l'ordonnance de 1667. Elle devait se faire au greffe criminel et la partie civile devait être présente à peine de nullité[1].

L'accusé élargi qui négligeait de se représenter était considéré comme convaincu; mais Jousse nous apprend que de son temps cette règle n'était plus exactement observée[2]. Lorsque la caution ne pouvait représenter celui qu'elle avait fait élargir, on lui donnait un délai pour le ramener, et si elle ne pouvait y parvenir, elle devait être condamnée à l'amende et au payement des réparations civiles et des dépens; c'était là le maximum de son obligation qui avait pu être restreinte suivant la volonté manifestée au moment de l'engagement. La caution était contraignable par corps, à moins qu'elle n'eût excepté sa personne pour n'offrir en garantie que ses biens (arrêt du 12 juin 1671). Mais elle ne pouvait jamais être assujettie à une peine corporelle, quand même elle s'y serait engagée. On voyait dans un tel contrat une obligation contraire aux bonnes mœurs, et on l'annulait à ce titre[3]. La caution ne pouvait être poursuivie criminellement que s'il y avait eu dol de sa part. Elle était déchargée de toute responsabilité par la remise entre les mains du geôlier, l'absolution ou la mort de l'accusé.

Tel est l'ensemble des règles établies par l'ordonnance. C'était le résultat inévitable de la marche des esprits depuis deux siècles; on avait senti la nécessité de punir, et la puissance de l'intimidation. Sur cette double base, on construisit tout un système; les accusations étaient secrètes, les emprisonnements arbitraires, les procédures sans publicité, les accusés étaient interrogés au fond de la prison, ils étaient condamnés sur un aveu échappé à la douleur des supplices. Des formes aussi déplorables devaient attrister les hommes de cœur; elles

[1] Édit de janvier 1685 pour le Châtelet de Paris, art. 28.

[2] L'ordonnance de mars 1549, art. 5, portait « que tous prisonniers élargis ou renvoyés à jour, seront tenus comparoir *sub pœna convicti*, à jour par eux préfix, sans qu'il soit besoin faire autre soumission au greffe de ladite Cour. » (Néron, I, 273.)

[3] Jul. Clar., q. 46, n° 18. — Guy-Pape, decis. 570, n° 3. — Cout. de Bret., art. 201-202.

indignèrent le XVIIIe siècle, elles offrirent au mouvement philosophique une brèche dont il sut profiter. Montesquieu les avait entrevues, Beccaria les dénonça à la France, et son admirable traité, en posant les vrais principes du droit pénal, condamna à jamais les règles de l'instruction secrète.

1789-1796.

Dès lors le mouvement était donné; les idées de réforme judiciaire vinrent se joindre aux pensées de réforme politique qui agitaient le pays; l'entraînement fut général et quand les états généraux se réunirent, les cahiers qui résumaient les vœux et les espérances de la nation réclamaient unanimement une révision des lois criminelles et des garanties protectrices de la liberté du citoyen. Dominés par la crainte des lettres de cachet et de la prolongation des procédures, la noblesse et le tiers état demandaient qu'aucun juge ne pût prononcer seul un décret de prise de corps contre un domicilié, et que défense fût faite, à peine de poursuite corporelle, à tout agent, officier ou soldat, d'attenter à la liberté du citoyen. N'oubliant ni l'interrogatoire dans les vingt-quatre heures, ni dans le même délai le renvoi devant le juge naturel, on ne pouvait négliger les souvenirs de notre ancien droit qui s'allaient si bien aux aspirations nouvelles. Plusieurs cahiers rappelèrent l'élargissement provisoire sous caution. La noblesse d'Alençon et du Labour insistait pour qu'il « ait lieu après l'interrogatoire, sauf le cas où le crime entraînerait punition corporelle. » A Lyon et à Rennes, le tiers état voulait « que toute personne arrêtée fût remise dans les vingt-quatre heures entre les mains de ses juges naturels, tenus de statuer dans le plus bref délai, même de l'élargir sous caution. » Après avoir si nettement rapporté les termes mêmes de l'ancien droit, beaucoup de cahiers réclamaient le payement d'une indemnité, sur le domaine du roi, en faveur de ceux qui, ayant été accusés et constitués prisonniers, auraient été renvoyés absous.

Exprimés avec tant d'ensemble, émanant des plus grandes villes comme des derniers bailliages, ces vœux devaient passer dans les lois; aussi trouvons-nous dans la déclaration des droits de l'homme un principe que, depuis, toutes nos Chartes constitutionnelles ont reproduit : « Nul ne peut être accusé,

arrêté ni détenu, que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites (art. VII). Tout homme étant présumé innocent, jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement reprimée par la loi [1]. »

Telles étaient les idées premières que la Constituante devait développer : dès le premier rapport sur l'organisation du pouvoir judiciaire, le juge de paix fut investi du droit de mise en liberté sous caution [2], et enfin la constitution vint garantir de la manière la plus formelle les droits de l'accusé. — Voici les deux articles que l'Assemblée vota dans la séance du 22 août 1791.

Art. 11. Tout homme saisi et conduit devant l'officier de police sera examiné sur-le-champ, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures.

Art. 12. Nul homme arrêté ne peut être retenu s'il donne caution suffisante, dans tous les cas où la loi permet de rester libre sous cautionnement.

Le principe est admis et rentre dans nos lois; voyons maintenant comment on saura l'appliquer.

Le premier décret que nous rencontrons est celui du 22 juillet 1791, relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle. Après avoir ordonné que l'homme arrêté serait aussitôt amené devant le juge de paix, il porte que pour tous les *délits* le magistrat *le fera retenir pour être jugé par le tribunal de police correctionnelle, ou l'admettra sous caution de se présenter*. En rapprochant ces termes de l'article de la constitution, on peut voir qu'ils ne donnent pas seulement une faculté au juge, mais qu'ils investissent le prévenu du droit d'exiger sa mise en liberté provisoire. Mais par une ignorance aveugle des besoins et de la situation de l'accusé, l'article ajoutait que la caution ne pourrait être moindre de 3,000 livres ni excéder 20,000. C'était méconnaître les principes d'égalité qu'on proclamait si haut et établir un privilége justement détesté, celui de la fortune devant la justice.

Deux mois ne s'étaient pas écoulés que l'Assemblée consti-

[1] V. la séance du 22 août 1789.

[2] V. séance du 17 août 1789. Rapp. prés. au nom du comité de constit. par M. Bergasse.

tuante modifiait elle-même ce décret, qui ne se trouvait déjà plus en harmonie avec ses idées progressives. Le décret du 29 septembre 1791, en créant le jury et en organisant la procédure criminelle, ne permet la détention avant le jugement que pour les accusés de crime. Si le fait n'est pas de nature à mériter peine afflictive et infamante, on ne pourra décerner de mandat d'arrêt contre le prévenu. Le prévenu de délit attendra désormais sa condamnation sans être lié par aucun engagement[1]. C'est là une situation nouvelle qui prouve combien le but peut être facilement dépassé quand on se laisse éblouir par les brillantes perspectives d'incessantes réformes et qu'on néglige l'expérience et ses salutaires enseignements. Le législateur voulait donner des garanties à l'accusé : il n'a vu que la défense, et il a oublié les droits sacrés de la société. Il voulait éviter l'excès de la répression, et il est tombé dans la licence. Pleins de confiance en l'avenir, ignorant l'oscillation nécessaire des choses humaines, les législateurs de 1791 ne savaient pas qu'ils appelaient infailliblement une réaction contraire à leurs vœux. Cette réaction devait être la plus fatale de toutes, car elle allait s'attaquer aux principes et non aux hommes, qui étaient les seuls coupables.

Dans le décret du 29 septembre, les accusés de crime sont divisés en deux catégories : 1° ceux qui sont sous le coup d'une prévention emportant peine afflictive et infamante ; 2° ceux qui ne peuvent encourir qu'une peine infamante[2]. Les premiers doivent toujours être conduits à la maison d'arrêt; les autres sont dispensés de la détention préventive « au cas qu'ils puissent « trouver des amis qui veuillent répondre pour eux qu'ils se re- « présenteront à la justice s'ils en sont requis, et donner cau- « tion de cette promesse. » Le montant du cautionnement, fixé deux mois auparavant pour les délits, est désormais laissé à l'arbitrage de l'officier de police. Le législateur prescrit seulement à ce magistrat de ne pas oublier le principe qui devait dominer ses actes : il lui rappelle qu'un tel cautionnement « ne doit pas être illusoire et de simple forme, ni tendre à « soustraire les accusés à la justice, mais au contraire qu'il doit

[1] Art. 19, tit. 5, décret des 16-29 septembre 1791.

[2] On sait que les peines *afflictives* et infamantes étaient la mort, les travaux forcés, la déportation et la reclusion; les peines *infamantes* étaient le carcan, le bannissement et la dégradation civique.

« être d'une assez grande importance pour n'être jamais donné « que par des personnes bien convaincues que le prévenu est « incapable de rompre son engagement, » car « c'est un con- « trat sacré que celui qui se forme par le cautionnement entre « le prévenu qui évite ainsi les malheurs de la détention et les « amis qui lui donnent en le cautionnant la plus haute preuve « de leur confiance et de leur estime [1]. »

On ne se borna pas à ces sages instructions : le directeur du jury et les tribunaux criminels eurent la faculté d'accorder la liberté sous caution, le prévenu le droit de l'exiger en tout état de cause [2]. — Tel est l'ensemble de cette loi. Malgré ses lacunes et ses erreurs, combien ne doit-on pas regretter que l'expérience n'ait pu en juger les résultats! Appliqués en des temps plus calmes, ses principes seraient peut-être entrés dans les esprits. On aurait au moins discerné ce qu'elle avait de pratique des utopies qu'elle contenait. Mais au milieu de la tourmente révolutionnaire, nous n'avons pas la prétention de suivre ses effets. Qui oserait prononcer le nom de liberté en parlant d'un temps où la justice guidée par la force s'exerçait sans règle et sans droit?

C'est seulement avec le Code de l'an IV que reparaît une organisation régulière. Les droits accordés aux accusés en 1791 sont restreints : des mandats d'arrêt devaient être décernés contre les prévenus de délits, et le cautionnement offrit désormais à la répression des garanties dont elle était dépouillée avec la liberté absolue de la précédente législation. L'article 222 était ainsi conçu : « Lorsque le délit qui a donné lieu au mandat « d'arrêt n'emporte pas une peine afflictive, mais seulement « une peine infamante ou moindre, le directeur du jury met « provisoirement le prévenu en liberté, si celui-ci le demande « et si en outre il donne caution solvable de se présenter à la « justice toutes les fois qu'il en sera requis. Pour cet effet, la « caution offerte par le prévenu fait sa soumission, soit au greffe « du directeur du jury, soit devant notaire, de payer à la Répu- « blique, entre les mains du receveur du droit d'enregistrement, « une somme de 3,000 livres, en cas que le prévenu soit con- « stitué en défaut de se représenter à la justice. » — On com-

[1] 29 septembre-21 octobre 1791; décret en forme d'inst. pour la procéd. crim.

[2] Art. 30, tit. 1 *de la Justice criminelle.*

prend tout ce qu'a d'imparfait une telle disposition qui fixe invariablement le montant du cautionnement au lieu de le subordonner à la position de l'accusé, à sa fortune et aux faits particuliers qui ont motivé son arrestation. Trop forte pour les pauvres, cette somme empêchait le prévenu d'exercer son droit; quelquefois trop faible, elle rendait cette garantie complétement illusoire. Une telle loi blessait également l'intérêt privé et l'intérêt social. D'après le nouveau Code, le pouvoir d'élargir provisoirement était concentré dans la personne du directeur du jury d'accusation; par conséquent un tribunal ou une Cour criminelle en était absolument privé [1]. La loi omettait enfin un point essentiel : elle donnait le droit de réclamer leur mise en liberté provisoire aux gens sans domicile, aux vagabonds, qui pouvaient ainsi échapper à toutes les poursuites; quelques-unes de ces lacunes furent comprises, et la loi du 29 thermidor an IV apporta presque aussitôt un remède partiel à ces fâcheuses dispositions [2]. L'article 5 défendit au directeur du jury d'étendre

[1] Ce point ne peut être douteux : une instruction circulaire du ministre de la justice, du 22 frimaire an V, a démontré que cette interprétation ressortait nécessairement de l'abrogation de la loi du 29 septembre 1791, par le Code des délits et des peines (art. 594).

[2] 29 thermidor an IV. Loi qui détermine le mode suivant lequel aura lieu le cautionnement prescrit par l'article 222 de la loi du 3 brumaire an IV sur les délits et les peines. — Le conseil....., considérant que le cautionnement, tel qu'il est prescrit par l'article 222 du Code des délits et des peines, prive souvent la République des amendes auxquelles elle a droit, ainsi qu'un grand nombre de citoyens, des restitutions et des indemnités qui leur sont dues, et qu'il est instant de faire cesser ces abus....., prend la résolution suivante : — Art. 1er. Le cautionnement prescrit par l'article 222 de la loi du 3 brumaire sur les délits et les peines aura lieu ainsi qu'il est prescrit par les articles suivants. — 2. Lorsque le délit aura pour objet des larcins, filouteries ou simples vols, le directeur du jury admettra le prévenu sous caution de se représenter. Cette caution devra être d'une somme triple de la valeur des effets volés; elle sera fixée sur cette base par le directeur du jury, et jamais elle ne pourra être au-dessous de la somme de 3,000 livres, valeur fixe. — 3. En toute autre matière qui n'emporterait pas une peine afflictive, mais seulement une peine infamante, le directeur du jury admettra également le prévenu sous caution de se représenter. La caution dans ce cas ne pourra être moindre de 2,000 francs ni excéder 6,000 francs, valeur fixe. — 4. Lorsque le délit n'emportera point peine infamante, mais seulement des peines correctionnelles, le directeur du jury admettra également le prévenu sous caution de se représenter. La caution en ce cas ne pourra être moindre de 1,000 francs ni excéder le triple de l'amende à laquelle le délit pourra donner lieu. — 5. En aucun

le bénéfice de la liberté provisoire aux gens sans aveu et aux vagabonds. On négligea d'assimiler aux vagabonds les récidivistes, et cependant quelle confiance peut-on accorder à ceux qui ont déjà trahi la société? On essaya de faire disparaître les inconvénients qu'offrait une somme fixe; on divisa d'après leur nature ou leur pénalité les délits en trois classes : la première comprenait les vols simples, le minimum de la caution était de 3,000 francs; la seconde, les peines infamantes, la caution était de 2,000 à 6,000 francs; la troisième, les peines correctionnelles, le minimum était de 1,000 francs, le maximum n'excédait pas le triple de l'amende qui pouvait être prononcée. Dans la pratique, cette loi ne pouvait adoucir la situation de l'accusé; réservée aux personnes riches, la mise en liberté sous caution devenait un privilége et constatait une inégalité toujours choquante devant la justice. La loi de thermidor est cependant préférable au Code de l'an IV : en donnant au juge un droit d'appréciation sur la somme à fixer, elle se rapproche des vrais principes.

Ainsi, pour nous résumer, de 1796 à 1808 la mise en liberté sous caution par le directeur du jury était un droit absolu, la détention préventive une exception. Cette rigueur n'était admise que pour deux catégories d'accusés : 1° les inculpés de crimes passibles de peines afflictives et infamantes; 2° les gens sans domicile.

Telle était la dernière forme de la législation avant le Code d'instruction criminelle.

1804-1810.

Dans le cours de l'année 1804, le Conseil d'État prépara un projet de Code criminel : dans la séance du 11 septembre, M. Siméon présenta le chapitre de la liberté provisoire et du cautionnement; l'article 135 était ainsi conçu : « Lorsque le délit qui aura donné lieu au mandat d'arrêt n'emportera pas une peine afflictive, mais la détention ou la reclusion, l'infamie, la relégation ou la peine de forfaiture, le juge d'instruction

cas le directeur du jury ne pourra mettre provisoirement en liberté sous caution, les gens sans aveu et les vagabonds. — 6. Les autres dispositions prescrites par l'article 222 du Code des délits et des peines seront exécutées en tout ce qui n'y a pas été dérogé par la présente résolution.

pourra, sur la demande du prévenu et la réquisition du magistrat de sûreté, mettre provisoirement le prévenu en liberté, moyennant caution solvable de se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement aussitôt qu'il en sera requis. La mise en liberté provisoire avec caution pourra être demandée et accordée, s'il y a lieu, en tout état de cause. » — D'autres articles réglaient le montant du cautionnement : le minimum était de 500 fr. pour les peines correctionnelles, de 1,000 fr. pour les peines infamantes. Dans la discussion, M. Lacuée fit observer qu'à l'aide de cet article un coupable pourrait, moyennant 1,000 fr., s'assurer l'impunité. — L'archichancelier admettant cette opinion, proposa de restreindre cette faculté à ceux qui étaient menacés d'une peine purement pécuniaire. — Provoqué par une opinion aussi extrême, M. Treilhard se fit le défenseur des idées contraires : suivant lui, on avait toujours fait des distinctions entre les délits suivant leur gravité, et admis le prévenu à demander sa liberté provisoire en donnant caution lorsqu'il n'était point menacé d'une peine capitale : cette disposition n'avait aucun inconvénient. Si le coupable était condamné à la relégation hors de France, le but de la loi était rempli du moment qu'il se retirait. S'il était condamné à la reclusion, il était obligé de se tenir caché, et cependant il perdait une partie de ses biens.

Ce débat, où se produisaient toutes les exagérations, ne devait pas se prolonger : la nature des peines et leur valeur relative semblaient devoir être fixées avant de traiter cette question : on en ajourna donc l'examen.

La discussion ne fut reprise que le 24 juin 1808. Reproduisant presque textuellement le projet de 1804[1], le chapitre de la liberté provisoire arrêta quelque temps les rédacteurs du Code. L'archichancelier insista vivement pour que la liberté provisoire ne fût pas accordée à celui qui était prévenu d'un crime emportant peine infamante. L'accusé absent, l'infamie

[1] Art. 123 du projet (113 C. instr. crim.). La liberté provisoire ne pourra jamais être accordée au prévenu, lorsque le titre de l'accusation emportera une peine afflictive. — Art. 124 (114 du Code). Si le fait n'emporte pas une peine afflictive, mais seulement une peine infamante ou correctionnelle, la chambre du conseil *pourra*, sur la demande du prévenu et sur les conclusions du procureur impérial, ordonner que le prévenu sera mis provisoirement en liberté, moyennant caution solvable de se représenter à tous les actes de la procédure, etc.

qui s'attache aux jugements s'affaiblirait : il ajoutait que les idées philanthropiques de l'Assemblés constituante n'avaient pas eu des résultats fort heureux; que cette loi ne profiterait pas aux ouvriers, mais aux banqueroutiers et à tous ceux qui auraient des richesses et du crédit; que si l'on admettait ce système, il valait mieux l'adopter d'une manière absolue, c'est-à-dire en décidant indéfiniment que tout homme prévenu d'un crime emportant peine infamante serait mis en liberté purement et simplement, et ne devrait de caution que pour le payement ultérieur des réparations civiles. Il soutenait enfin que si l'on donnait au juge le pouvoir de mettre en liberté ou de garder en prison, on n'arriverait qu'à opprimer les pauvres et à assurer la liberté des riches. — A tous ces arguments M. Treilhard répondait que les peines infamantes portaient avec elles des incapacités que la fuite ne saurait atténuer, que d'ailleurs la crainte de perdre son cautionnement déterminerait tout homme du peuple à se représenter, et M. Berlier ajoutait, en envisageant la question de plus haut, « qu'il y avait un principe éternel qui devrait faire bannir toute rigueur inutile; que telle était la prison avant le jugement quand l'accusé consignait l'amende et les intérêts civils. » Il traitait de frivole la crainte de fuite, car il se demandait comment le prévenu irait s'expatrier et s'imposer ainsi une peine plus forte que celle infligée à son crime par la loi; il concluait en rappelant que tout allégement qui n'ôtait pas à l'ordre public sa garantie était un devoir pour le législateur. — Malgré ces belles paroles, soutenues par les efforts de MM. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angély) et Defermon, le Conseil d'État rejeta la proposition d'accorder la mise en liberté provisoire sous caution à ceux qui sont accusés de crimes emportant des peines infamantes.

Seuls, les prévenus de délits allaient jouir de ce bénéfice, mais seraient-ils du moins investis du droit d'exiger leur mise en liberté provisoire? Sur cette seconde question, le projet repoussait évidemment le droit de l'accusé, et laissait au juge une liberté absolue de décision. — Malgré son premier échec, M. Berlier ne perdit pas courage : il rappela l'amendement qu'il avait proposé, et qui avait pour but de rendre obligatoire l'élargissement sous caution. Il lui semblait d'autant plus convenable que la mise en liberté ne s'appliquant plus qu'à des délits de police correctionnelle, les juges ne pouvaient avoir

de bonnes raisons pour refuser ce bénéfice à ceux qui remplissaient les conditions de la loi.— L'archichancelier, toujours préoccupé de la pensée que la détention préventive était le corollaire indispensable de la peine de la prison, répondit que les délits de police correctionnelle pouvant entraîner la peine de l'emprisonnement, on ne pouvait relâcher indistinctement ceux qui en étaient prévenus, et qu'il suffisait de laisser cette faculté au juge. — L'amendement de M. Berlier fut rejeté. — Fort brefs sur le chapitre dont nous nous occupons, répétant l'opinion émise par l'archichancelier et la majorité du conseil, M. Treilhard, dans l'exposé des motifs[1], M. d'Haubersart, dans le rapport au Corps législatif[2], reproduisirent les mêmes principes et les mêmes règles.

Ainsi, la mise en liberté provisoire sous l'empire du Code d'instruction criminelle n'est un droit pour personne. Tous les prévenus de délits peuvent obtenir cette faveur, à l'exception des vagabonds et des repris de justice.

1814-1855.

Quelques années plus tard, la Charte de 1814 était promulguée: avec elle de nouveaux principes entraient dans notre législation. Si quelques lois de circonstance[3], éphémères comme la réaction qui les provoquait, peuvent laisser de tristes souvenirs, les lois de presse portent la généreuse empreinte du courant libéral qui entraînait alors la France[4]. Le garde des sceaux, soucieux de régler tout ce qui tenait aux droits des citoyens, avait présenté séparément aux chambres une loi relative à la procédure spéciale contre les accusés de crimes et

[1] Locré, vol. XXV, p. 244.

[2] Locré, vol. XXV, p. 256, n° 5.

[3] L'article 11 de la loi du 9 novembre 1815 suspendait les dispositions de l'article 114 du Code d'instruction criminelle à l'égard des prévenus de délits commis par la voie de la presse ou par la parole.

[4] On ne doit cependant pas oublier la loi de finances du 28 avril 1816, qui règle qu'en matière de fraude de tabac « le coupable doit être immédiatement arrêté et mené devant le juge compétent, lequel statuera de suite, par une décision motivée, sur son emprisonnement ou sur sa mise en liberté. Néanmoins, si le prévenu offre bonne et suffisante caution de se présenter en justice et d'acquitter l'amende encourue, ou s'il consigne lui-même le montant de ladite amende, *il sera mis en liberté*, s'il n'existe aucune autre charge contre lui.

de délits commis par la voie de la presse. L'exposé des motifs (*Monit.* 1819, p. 342), après avoir rappelé les formes particulières de la poursuite, ajoutait : « La mise en liberté provisoire du prévenu d'un délit, moyennant caution, est dans le droit commun soumise à la discrétion du juge : dans bien des cas il n'en peut être autrement. Dans cette matière spéciale, il est sans inconvénient, et dès lors il est juste, qu'elle soit de droit. Pour garantir ce droit, le projet de loi fixe le maximun du cautionnement qui pourra être exigé[1]. » L'article 28, « si juste, si favorable aux prévenus, si conforme au respect pour la liberté » (rapp. à la Ch. des dép.), n'éprouva aucune difficulté, et depuis cinquante ans c'est à sa protection que les écrivains doivent de n'avoir subi sous aucun régime la moindre détention préventive. Toutefois il ne suffisait pas d'établir dans des lois spéciales une dérogation aux règles posées par le Code de 1808 ; il fallait désormais graver dans l'esprit des juges les maximes libérales inscrites dans la Charte ; par une circulaire empreinte des sentiments les plus élevés, M. de Serres, alors garde des sceaux, rappela « que toutes les fois qu'il s'agissait de simples délits et que l'inculpé était domicilié, le juge d'instruction devait généralement se borner à décerner un mandat de comparution, sauf à le convertir en tel autre mandat qu'il était jugé nécessaire ; qu'ainsi le législateur du Code d'instruction criminelle indiquait qu'on ne devait pas, sans motif grave, user de contrainte envers un individu qui présentait une garantie ; » puis il ajoutait : « Dans les cas rares où l'arrestation d'un prévenu, même de simple délit, a été jugée nécessaire, tels que ceux où sa liberté menace la société, et ceux où la justice doit rechercher ses complices, la loi laisse encore au prévenu la ressource d'obtenir la mise en liberté provisoire sous caution : elle doit lui être accordée toutes les fois que cette caution est une garantie suffisante pour la société, et la mise en liberté ne peut plus alarmer la sûreté publique ni empêcher la découverte des fauteurs du délit. Telles

[1] Toute personne inculpée d'un délit commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication, contre laquelle il aura été décerné un mandat de dépôt ou d'arrêt, *obtiendra* sa mise en liberté provisoire moyennant caution. La caution à exiger de l'inculpé ne pourra être supérieure au double du maximum de l'amende prononcée par la loi contre le délit qui lui est imputé (art. 28, loi du 26 mai 1819).

sont les principales règles des magistrats préposés à la défense de la paix et des mœurs publiques, des droits et des propriétés de tous; ils doivent n'oublier jamais qu'un de ces droits les plus chers, une de ces propriétés les plus précieuses, est la liberté individuelle; que, sous la Charte qui la garantit, elle ne doit éprouver ni redouter aucune atteinte; que « personne, » pour parler le langage de cette Charte, « ne peut être poursuivi ni « arrêté que dans les cas prévus par la loi et dans les formes « qu'elle a prescrites, » et qu'alors même qu'il est indispensable de déployer la sévérité des lois, il la faut concilier avec les droits de l'humanité. » Avec de telles pensées, M. de Serres aurait évidemment senti le besoin de modifier un jour la législation : les luttes ardentes de la politique ne laissèrent pas au ministre le loisir d'essayer une réforme. Ce fut la Cour de cassation qui tenta de s'en charger : placée au-dessus des troubles publics, mais ressentant toujours dans une certaine mesure l'influence des passions salutaires ou fatales qui s'agitent au dehors, elle interpréta dans le sens le plus libéral l'équivoque que contenait l'article 114. Elle consacra[1] l'obligation pour le juge d'accorder la liberté sous caution au prévenu qui la demanderait; mais devant cette interprétation si absolue qui n'établissait aucune exception pour les délits les plus graves, les Cours s'inquiétèrent, et jusqu'en 1844, la Cour suprême eut à soutenir une lutte ardente. C'est pendant cette période que se placent les divers projets de réforme présentés aux chambres.

Quatre projets de loi dus à l'initiative d'un député libéral, M. Roger (du Loiret), furent présentés à la chambre des députés de 1831 à 1838. Ses deux premières propositions abaissaient à 50 francs le minimum du cautionnement, permettaient même d'élargir sans caution, et étendaient cette faculté à toutes les catégories d'inculpés[2]. La troisième, reproduite en 1835, ajoutait l'élargissement sous la garantie d'une personne domiciliée et solvable[3]. Toutes trois furent prises en considération à

[1] Cour de cass., 21 avril 1815, 19 oct. 1821. — Chambres réunies, 15 juill. 1837, 27 mars 1841, 17 juillet 1841.

[2] Le premier projet, lu le 3 septembre 1831, fut pris en considération le 6, après un discours de M. Odilon Barrot. Le rapport de M. Faure concluant à l'adoption fut déposé le 12 janvier 1832. — Le second projet fut lu à la séance du 29 décembre 1832.

[3] Ce projet fut lu à la séance du 10 janvier 1835 et développé le 18 du

de fortes majorités, les commissions furent nommées, mais la fin de la session empêcha la chambre de discuter les conclusions des rapports. En 1838, un quatrième projet était présenté et confié à l'examen d'une nouvelle commission[1]. Cette fois le temps ne manqua point, mais entraînée par de funestes préventions, la commission ne chercha à atteindre qu'un but, réagir contre la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle ne proposa pas de créer des catégories d'exceptions pour lesquelles le juge aurait eu la faculté de refuser l'élargissement, ce qui était le seul projet sensé, elle alla plus loin, et, dans tous les cas, détruisit le principe : c'était reculer vers 1808 et abandonner toute mesure; cette transformation du projet primitif devait jeter la confusion dans le débat; M. Pascalis et M. Bérenger faisaient en vain remarquer que le projet aggravait la situation de l'accusé, la commission persista à le soutenir, et la discussion ne cessa qu'au moment où l'auteur du projet, découragé, retira sa proposition.

Il avait tort de désespérer : tout en échouant, ces tentatives répétées et toujours accueillies donnaient la mesure de l'esprit public et devaient provoquer l'initiative d'un gouvernement sage et libéral. A la session de 1842, le garde des sceaux présenta un projet de loi qui modifiait sur divers points la situation des accusés. Autoriser le magistrat à ne lancer contre l'inculpé de crime qu'un mandat de comparution,

même mois. — MM. Bérenger, Isambert, Baude et de Golbéry appuyèrent la prise en considération, qui fut prononcée à une grande majorité; le 23 mars, fut déposé un nouveau rapport favorable de M. Faure.

[1] Le dernier projet de M. Roger (du Loiret) fut lu le 29 janvier 1838. — Voici l'objet des articles : Art. 1. Nul ne doit être emprisonné pour prévention en matière correctionnelle que dans des cas ou sur des présomptions graves. — Art. 2. (Autorisait la levée du mandat de dépôt quand il a été décerné par un juge d'instruction.) — Art. 3. (Garantissait la constatation immédiate de l'identité.) — Art. 4. Le juge d'instruction qui aura décerné un mandat pourra, du consentement du procureur du roi, prononcer la mise en liberté provisoire, lorsqu'il n'y aura pas de partie civile. — Art. 5. La mise en liberté provisoire pourra être autorisée sur la simple garantie et l'engagement personnel d'un citoyen domicilié et notoirement solvable, ou même sans caution, à la charge par le prévenu de se présenter à toute réquisition. Le cautionnement pour la mise en liberté provisoire d'un prévenu pourra être réduit jusqu'au minimum de 50 francs. — Art. 6. (Relatif au secret.) — Art. 7. (Aux détentions arbitraires.) — Le rapport fut présenté au nom de la commission par M. Dessaignes, le 22 février 1838, et la discussion, ouverte le 15 mars, fut terminée le 16 par le retrait du projet.

permettre la mainlevée du mandat de dépôt par le juge sur les conclusions du ministère public, établir comme un droit la liberté sous caution, sauf pour quelques délits, et donner ainsi à la détention préventive le caractère d'une exception, telles étaient les trois réformes pleines de modération et de prudence dont les chambres étaient saisies. « En admettant le principe, le gouvernement avait prévu les funestes effets que pourrait produire son application à certaines classes de délinquants qui, soit par l'absence d'un domicile, soit par la nature de l'inculpation, ne sauraient, sans danger pour l'ordre public, être laissés provisoirement en liberté [1]. » On formula quelques exceptions; dans ces cas la liberté sous caution garderait le caractère facultatif que lui avait imprimé l'ancien art. 114. — Si l'on transformait cette faveur en un droit, il fallait dès lors abaisser le cautionnement. Le minimum de 500 francs empêchait les classes pauvres de réclamer le bénéfice de la loi; le projet fixa le minimum à 100 fr. On avait songé à le supprimer absolument, mais on voulut indiquer au juge une règle qui révélât l'intention du législateur et prévînt les abus. — Déposé le 28 mars suivant, le rapport concluait à l'adoption. Aux exceptions établies par le projet, la commission avait cru devoir ajouter plusieurs délits, mais elle jugeait comme le gouvernement que, dans tous les autres cas, fort nombreux encore, où le délit était accidentel et de peu de gravité, la liberté provisoire devait être accordée de plein droit en donnant caution [2]. Sur la modification qui rendait obligatoire la mise en liberté, la discussion avait été des plus vives dans le sein de la commission; le rapporteur retraça longuement les arguments contraires, mais la majorité, étonnée de trouver des précédents dans notre ancienne législation, frappée par la jurisprudence alors constante de la Cour de cassation qu'on n'accusait point d'avoir ébranlé la répression, fut entraînée par la pensée que pour tout ce qui touchait à la liberté individuelle une loi n'était réellement protectrice que si elle forçait le juge à être libéral. La majorité se prononça dans le sens du projet.

A la Chambre des députés, le débat porta spécialement sur le principe et sur les catégories; la discussion fut très-animée. Le garde des sceaux et le rapporteur de la loi démontrèrent

[1] Séance du 19 février 1842; exposé des motifs lu par M. Martin du Nord.
[2] Rapport présenté par M. Mater, au nom de la commission, le 28 mars 1842.

également qu'il n'y avait pas danger pour la répression à faire rentrer dans le droit commun la liberté provisoire; aux adversaires absolus de la loi, ils prouvèrent que pour tous les délits intéressant gravement l'ordre et la morale publique, la justice conservait ses droits; à ses défenseurs aussi absolus, ils rappelèrent que soixante-douze délits restaient placés en dehors de l'exception et que le principe ne serait pas étouffé par les sages restrictions de la loi [1].

Adoptée par la Chambre des députés, la loi nouvelle subit en 1843 l'épreuve de la Chambre des pairs. La discussion fut très-rapide; soutenus par M. Franck Carré et M. Mérilhou, les articles furent adoptés, mais au vote sur l'ensemble, la majorité fut contraire [2]. C'est ainsi que vint échouer, au moment où elle allait être sanctionnée, une loi qui offrait aux accusés les garanties les plus sérieuses dont ils aient joui depuis 1789 sans rien enlever de sa force aux droits de la société.

Non-seulement cette loi était bonne en elle-même et réellement digne de prendre place dans nos Codes, mais elle était en harmonie avec les idées générales. Depuis 1843, que de changements dans nos constitutions politiques, et cependant deux des réformes proposées à cette époque sont venues modifier notre législation. L'une, subitement décrétée au lendemain

[1] M. Martin du Nord et M. Mater ne furent pas les seuls à soutenir la discussion : en se joignant au garde des sceaux, MM. Vivien, Chaix d'Est-Ange, Odilon Barrot, Corne et de Belleyme contribuèrent puissamment à faire passer le projet du gouvernement, qui fut voté le 18 avril par 133 voix contre 98.

[2] Voici les trois articles du Code, tels qu'ils furent modifiés :

Art. 114. *Ordonnera* substitué à *pourra*.

Art. 115. Néanmoins la mise en liberté sous caution pourra être refusée aux inculpés des délits d'infraction de ban, de mendicité, de vagabondage, d'association illicite, d'excitation à la débauche et à la corruption des mœurs, d'abus de confiance, de concussion et de détournement de deniers publics, de destruction de titres, de vols, d'escroquerie, de coalition d'ouvriers et de fabrication, débit et distribution de poudres, armes et autres munitions de guerre (projet présenté par le gouvernement), de menaces écrites, de menaces verbales avec ordre ou sous condition, d'entraves à la circulation des grains, de violences envers un magistrat à l'occasion ou dans l'exercice de ses fonctions, de banqueroute simple, de concussion ou corruption de fonctionnaires (amendement de la commission adopté par la Chambre des députés), de coups et blessures, s'il y a eu préméditation ou guet-apens (amend. de la commission de la Chambre des pairs).

Art. 119. Le cautionnement ne pourra être au-dessous de 100 francs.

d'une révolution, est restée debout parce qu'elle était l'expression d'un besoin; l'autre, mûrement délibérée par un pouvoir établi, a fait revivre la pensée et jusqu'aux expressions mêmes du sage projet de M. Martin du Nord. La première supprimait le minimum du cautionnement, et malgré sa hardiesse, nul ne se plaint aujourd'hui de ses dangers [1].

La seconde changeait l'article 94. Elle permettait au juge de décerner après l'interrogatoire un mandat de dépôt, et dans le cours de l'instruction, quelle que fût la nature de l'inculpation, de donner mainlevée de ce mandat, d'accord avec le ministère public, à la charge par l'inculpé de se présenter à tous les actes de procédure [2].

Ces modifications, excellentes en elles-mêmes, mais ne s'appuyant point sur un ensemble de principes, paraissent jetées dans notre Code comme un présage salutaire. Seules, ces deux lois sont incomplètes : si l'on se sert un jour des débris du projet de 1843, nous espérons qu'on reprendra l'article 115, mais d'ici là c'est un édifice inachevé qui attend son couronnement.

Nous avons parcouru lentement la marche de la législation, et maintenant que nous avons assemblé dans le passé tant de documents, peut-on dire que toutes les preuves soient réunies? Nous sommes loin de le penser : pour l'étude et surtout pour l'application des lois, il faut tenir compte des temps et de l'époque où l'on vit; le progrès, en améliorant les esprits, change les conditions au milieu desquelles elles peuvent fonctionner. Excellentes en un siècle, elles paraissent surannées dans un autre : il ne nous suffit donc pas d'étudier les mœurs judiciaires de notre ancienne société; nous y avons rencontré une part d'enseignement, car la nature de l'homme ne varie pas; mais ses besoins se modifient, les éléments de son existence se transforment, selon les lois de la politique et de la civilisation. Aussi devons-nous demander à d'autres peuples plus avancés que nous sur ce point l'expérience présente qui nous manque. En Belgique comme en Angleterre, en Suisse et en Italie aussi bien qu'en Allemagne, nous verrons successivement d'antiques usages et de jeunes essais. Par leur exemple, nous

[1] Décret du 23 mars 1848, art. 1. Le premier paragraphe de l'article 119 du Code d'instruction criminelle est abrogé.

[2] Loi du 4 avril 1855. V. le nouvel article 94 du Code d'instr. crim.

apprendrons du moins si une coutume consacrée par les âges, pratiquée de tant de peuples, admirée de si grands esprits doit être rangée parmi les vaines théories et déclarée, au XIXe siècle, incompatible avec les maximes du droit nouveau.

GEORGES PICOT.

(*La suite prochainement.*)

DE L'INVIOLABILITÉ DE LA RÉSERVE.

Par M. Ch. FRETEL, procureur impérial à Brive (Corrèze).

TROISIÈME ARTICLE[1].

§ 4. — *Des libéralités en usufruit ou en nue propriété qui dépassent la quotité disponible.*

Supposons maintenant une libéralité d'usufruit ou de nue propriété plus ample que le disponible. L'article 917 prévoit une disposition d'usufruit ou de rente viagère et formule une règle qui tranche la difficulté. Les réservataires ont l'option ou d'exécuter cette disposition ou d'abandonner la propriété du disponible. La loi s'en rapporte au choix de l'héritier. Dans l'hypothèse inverse d'un legs de nue propriété, l'héritier sera-t-il obligé d'opter entre sa légitime franche et quitte de toutes charges ou d'exécuter le legs? Cette option lui sera-t-elle imposée de plein droit, quoiqu'elle ne forme pas une clause expresse du testament, par application de l'article 917, comme édictant une règle générale qui embrasse les deux situations, ou bien l'héritier devra-t-il imputer sur sa réserve l'usufruit des biens légués en nue propriété qu'il trouve dans la succession? Le legs de nue propriété qui entame la légitime sera-t-il réduit par la querelle d'inofficiosité et le réservataire bénéficiera-t-il aussi de l'usufruit des biens légués en vertu de sa vocation légale et universelle à recueillir ce qui compose la succession *ab intestat?* Ce sont là des questions intéressantes, récemment soulevées devant les Cours impériales de Rennes et

[1] V. Tome XX, p. 345.

de Caen, devant la Cour de cassation, et qui ont donné lieu à des dissertations de savants jurisconsultes [1].

La Cour suprême a fait triompher, par arrêt du 7 juillet 1857, la cause de la réserve. Elle a décidé que l'article 917 est une disposition exceptionnelle dont l'application est restreinte au cas d'un legs d'usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la portion disponible, en déduisant ses motifs des réflexions philosophiques du président Espiard de Saux et de son illustre premier président, en considérant que la réserve est frappée d'indisponibilité pour subvenir à l'établissement des enfants dans la société et leur maintenir le rang marqué par leur naissance.

La Cour de Caen, saisie de la question par le renvoi qui lui en fut fait, adopta la même doctrine par arrêt du 17 mars 1858. La jurisprudence me paraît fixée par ces décisions, mais l'autorité de l'éminent doyen de la Faculté de Caen a ouvert une controverse sérieuse dans la doctrine. Il s'appuie sur l'autorité de nos anciens jurisconsultes, sur les principes du droit en cette matière, sur la raison et l'équité, pour démontrer que l'article 917, en décidant que l'héritier n'aurait pas le droit d'opter entre la réserve et l'exécution du testament dans l'hypothèse où le testament laisserait un legs excessif d'usufruit, a, par cela même, et *à fortiori*, statué sur l'hypothèse inverse, dans laquelle le legs consisterait en nue propriété et l'a résolue ainsi du même coup.

Il cite comme ayant enseigné sa doctrine Pothier, Henrys, Bretonnier, Roussilhe et Lebrun.

Il ajoute que la règle de droit exigeant que le réservataire, qui intente l'action en réduction, impute sur sa réserve tout ce qu'il a reçu du défunt, amène forcément l'héritier à choisir le legs de nue propriété ou sa légitime entière. L'opinion de M. Demolombe n'a de précédents ni dans l'ancien droit ni sous l'empire du Code Napoléon; c'est une innovation hardie que rejettent les principes, l'esprit et le texte de l'article 917.

Les lois 32 et 36, Code, *De inoff. test.*, la novelle 18, chapitre 3, ne laissent pas de doute sur le droit en cette matière.

[1] V. *Journal du Palais*, recueil des arrêts, 1858, p. 134, 337. — Dissertation de M. de Cacqueray, professeur à la Faculté de droit de Rennes; dissertation de M. Demolombe; *Journal du Palais*, 1858, p, 337 et suiv.

L'éminent doyen de la Faculté de Caen en convient; elles sont contraires à sa doctrine.

Les interprètes de ces lois appliquaient à la libéralité en usufruit ou en nue propriété plus ample que le disponible les principes que nous avons exposés plus haut en matière de substitution.

La légitime doit être livrée en corps héréditaires, sans charges ni condition; si le père a laissé aux légitimaires la nue-propriété de son patrimoine, l'usufruit à son épouse, ou *vice versâ*, s'il a épuisé en legs la nue propriété, le démembrement qui amoindrit la légitime sera considéré comme non écrit. Les enfants institués en la nue propriété de la succession entière auront cette nue propriété, suivant la volonté de leur père, et obtiendront de plus l'usufruit de la légitime, en vertu de leur qualité personnelle [1].

Si le testament impose aux enfants l'obligation d'opter entre le legs ou la légitime, des docteurs accordaient pleine vigueur à cette alternative; d'autres l'annulaient comme inofficieuse [2].

Tels étaient les errements de la question, en France, dans les provinces gouvernées par le droit écrit. Lebrun [3] nous apprend, en effet, que la loi 36, C., De inoff. test., *était suivie dans tous les Parlements de droit écrit*, au sujet de l'imputation d'une nue propriété ou d'un usufruit sur la légitime.

En pays coutumier, les constitutions de Justinien perdent un peu de leur valeur et de leur uniformité par la divergence des arrêts. La jurisprudence est tour à tour invoquée par les jurisconsultes divisés sur cette matière. Les interprètes du droit écrit prétendent qu'elles sont d'usage au Parlement de Paris et citent l'arrêt vulgairement appelé de Clermont-Tonnerre, du 7 mars 1548, rapporté par Papon, livre XX, titre 3, article 3 [4].

Lebrun, qui a combattu avec force les constitutions de Justinien, qui a soutenu que le legs de l'usufruit ou de la nue propriété devait s'imputer sur la légitime, s'étaye de deux arrêts

[1] Voët, *Ad Pandectas*, lib. V, tit. 2, § 64.

[2] V. plus haut Perezius et Fachinée, *loc. cit.*

[3] *Traité des successions*, liv. II, chap. 3, sect. 4. — V. aussi Ricard, *Traité des donations entre-vifs*, IIIe partie, chap. 8, sect. 10, nos 1130.

[4] V. Lebrun, *loc. cit.*

du Parlement de Paris. Merlin[1] réfute la théorie de Lebrun : « Les lois romaines, dit Merlin, sont reçues dans nos mœurs, et c'est ce qui résulte clairement des arrêts dont nos livres sont remplis sur cette matière. » Il relève sept arrêts du Parlement de Paris, huit autres de parlements divers, et discute les deux arrêts mis en avant par Lebrun pour prouver qu'ils sont étrangers à la question.

Quelle que soit la variété de la jurisprudence coutumière, nous lisons dans les écrits des jurisconsultes les plus éminents la doctrine des lois romaines, importée en pays de coutumes comme une filiation naturelle de ces lois. On sait que la légitime y est d'origine romaine, qu'elle s'y est introduite par imitation du droit de Justinien. Pour interpréter avec intelligence leurs écrits et préciser leur controverse, il faut diviser notre question en deux branches, continuer de l'envisager comme les docteurs romains. Quoi qu'en dise le savant professeur, la question n'a pas changé de physionomie. Lebrun et les auteurs cités par lui ont discuté sur le même terrain que leurs devanciers et accepté l'autorité des lois romaines sur les points où elles tarissaient toute controverse.

Ricard retrace les diverses phrases de la question[2], et expose les vrais principes, soit par rapport à l'inviolabilité de la réserve, soit au regard de l'imputation. Il suppose d'abord, comme Voët, un testament conçu sans prévision des statuts sur la légitime. Le père a laissé à ses enfants l'usufruit ou la nue propriété d'une partie considérable de son patrimoine. Le testament est inofficieux, selon Ricard. La querelle qui sera soulevée par les enfants fera restituer la légitime en pleine propriété. Le legs d'usufruit ou de nue propriété n'étant pas destiné, *loco legitimæ*, à tenir lieu de la légitime, sera régi par les principes du droit commun. Si l'héritier lutte avec de simples légataires, il ne leur doit pas de rapport et recueille ainsi le legs. « Nous avons fait voir en section précédente, dit-il au n° 1156, qu'à l'égard des donataires ou légataires les fruits que l'enfant légitimaire a au delà de la portion qui lui est due, ne doivent pas être imputés sur la légitime. Mais il y a une différence à établir entre les légataires ou donataires et les héritiers ;

[1] *Répertoire*, v° *Légitime*, sect. 8, § 3, art. 1er, n° 9.

[2] *Traité des donations*, t. Ier, IIIe partie, chap 8, sect. 10, nos 1129, 1130, 1132, 1156.

car la raison pour laquelle ce qui excède en simple propriété ou en usufruit demeure au légitimaire au préjudice des légataires, résulte de ce que les légataires n'ont pas de qualité ni de droit pour lui ôter; mais à l'égard des héritiers cet excès retournant dans la successsion ils peuvent sans difficulté y prendre part jusque-là même qu'étant plusieurs enfants, il peut indirectement profiter au légataire, parce qu'en y joignant la propriété ou la jouissance qui y manque, il peut servir à remplir la légitime des autres enfants. »

Cette explication de Ricard sur le sort du legs est encore de mise sous les articles 921, 922, qui formulent les règles relatives à l'imputation.

Puis, supposant le cas où le testateur a manifesté l'intention de payer par ce legs la légitime due au fils, il se range à l'avis de Voët [1]. Le legs a alors une destination, une cause particulière. Si l'héritier opte pour la pleine propriété de la portion réservée par la loi, le legs, que la volonté du testateur domine et régit, s'évanouit par la répudiation.

Le père a pu réduire le fils à la légitime; c'est ce qu'il a fait. La charge d'usufruit ou de nue propriété qui la grève ne sera pas annulée, parce qu'aucune fraude n'a circonvenu la légitime, « neque videri possit in fraudem legitimæ conceptum testatoris præceptum [2]. »

L'opinion de Voët, quoique fortement combattue par les docteurs du droit écrit qui invoquaient la novelle 18 de Justinien, était généralement suivie dans la pratique. La novelle 18 avait été promulguée pour détruire un usage qui consistait à laisser aux époux l'usufruit de la totalité du patrimoine et aux enfants la nue propriété. La doctrine et la pratique inventèrent un moyen de tempérer les prescriptions de cette novelle pour conserver quelques heureux effets de cet usage; ce fut le droit d'option laissé au légitimaire.

M. Demolombe n'a pas distingué ces deux branches de la question ; aussi la pensée des jurisconsultes qu'il cite à l'appui de son opinion, n'est pas toujours fidèlement reproduite.

En effet, les passages de Pothier n'ont pas trait à la question.

Pothier traite de la réserve coutumière au n° 55, et l'opinion

[1] V. *loc. cit.*, n° 1132.

[2] V. Voët, *Ad Pandect.*, tit. *De inoff. test.*, n° 64.

qu'il émet ne concerne que les quatre quints des propres. Il a soin de faire remarquer que la légitime est entourée de plus de faveurs et il écarte l'argument tiré de la loi 36, § 1, Code, *De inoff. test.* Sa réponse est que cette décision, qui n'est établie qu'à raison de la grande faveur que mérite la légitime de droit, ne doit pas être étendue à la légitime coutumière.

Lorsque Pothier s'occupe, sur la coutume d'Orléans, titre 15, n° 68, d'une substitution qui embrasse même la légitime, il envisage la question sous diverses faces, comme Ricard et les jurisconsultes romains. « La légitime, dit-il, doit être laissée aux enfants sans aucune charge ; c'est pourquoi si un père avait grevé son fils de substitution en le chargeant de restituer en entier après sa mort à ses enfants ou à d'autres sa portion héréditaire, le fils peut demander que la moitié qui lui appartient pour sa légitime lui soit délivrée franche de la substitution ; il n'est même pas tenu d'imputer sur sa légitime la jouissance qu'il aura du surplus de cette portion héréditaire jusqu'à l'ouverture de la substitution (L. 36, Code, *De inoff. test.*), à moins que le testateur ne lui eût laissé ce surplus que sous cette condition expresse[1]. »

Le deuxième passage de Pothier cité par M. Demolombe, extrait du *Traité des donations testamentaires*, chap. 4, art. 11, § 5, n'est que la reproduction textuelle du n° 55 de la coutume d'Orléans, et nous y lisons la même restriction à l'égard de la légitime de droit.

Roussilhe, Henrys et Bretonnier, dans les extraits de leurs traités invoqués par l'éminent doyen de la Faculté de droit de Caen, supposent que le testateur a nettement exprimé l'intention de gratifier le légitimaire d'un legs pour lui tenir lieu de légitime ; ils ne raisonnent donc que sur la seconde branche de notre question.

Voyons d'abord Roussilhe[2] : « *Peut-on remplacer la légitime en usufruit ou revenus?* Nous venons de dire que le légitime ne peut être blessée ni diminuée par aucune disposition et qu'elle est due sans charge ni condition. *Mais on demande si un père ne peut pas remplacer en usufruit de ce qu'il doit à*

[1] Pothier suppose une substitution ; mais ses principes, basés sur la loi 36, s'appliquent aussi au cas d'un usufruit ou d'une nue propriété plus ample que le disponible.

[2] *Institutions au droit de légitime*, art. 3, chap. 5.

son enfant en propriété; par exemple, un enfant est hors d'état de gagner sa vie; sa légitime pouvait aller à 1,000 livres en propriété; mais on lui ferait une pension de 100 livres tous les ans, pendant sa vie, *sous la condition que le surplus de sa légitime resterait à l'héritier.* Pour moi, je pense que cette question doit être décidée par les principes que nous avons déjà établis que la disposition est indivisible et qu'on doit l'accepter avec ses charges ou la répudier, suivant la loi unique, § 4, au Code, *De caducis tollendis;* d'où je conclus que ce qui a été donné soit par manière d'usufruit ou de propriété, *lorsque cela vaut la légitime,* si le légitimaire accepte, il ne peut demander autre chose; mais s'il voulait prétendre sa légitime en propriété c'est-à-dire, demander ce qui lui revient de droit, alors il perdrait l'usufruit ou pension qu'on pourrait lui avoir donné. Cela est équitable, etc..... »

Roussilhe a en vue un testament dans lequel serait insérée la condition expresse que le surplus de la légitime resterait à l'héritier. Alors la volonté du testateur ramène à elle toutes les règles : ce qu'il a donné soit par manière d'usufruit ou de propriété vaut légitime; l'enfant doit opter entre le legs et sa part, ne peut scinder ce que la volonté du père a uni. Roussilhe cite à l'appui la décision de la loi unique, § 4, au Code, *De caducis tollendis,* qui porte qu'on ne doit pas écouter celui qui, tout en voulant conserver une libéralité, ne veut tenir aucun compte de la charge qui y est annexé : « Neque enim ferendus est is qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit. » Cette loi romaine précise bien la pensée du jurisconsulte Roussilhe. Le legs d'un usufruit plus considérable que la légitime lui a été offert au lieu et place de celle-ci, et il devient caduc si l'enfant s'en tient à ses droits.

Henrys et Bretonnier ne statuent que sur la seconde face de la question.

« La légitime ayant été assignée en argent, disent-ils, il faut, pour la prendre en corps héréditaires, répudier le légat. C'est donc encore la volonté du testateur qui fixe d'une manière expresse le sort du legs de l'usufruit, et comme le fait observer Ricard, le testateur ôte ce qui excède la légitime; il n'est pas douteux qu'il n'agisse dans le cercle de ce que la loi a laissé à sa disposition. »

Arrivons à l'opinion de Lebrun. C'est le jurisconsulte qui se

rapproche le plus de la doctrine nouvelle de M. Demolombe. Cependant Lebrun n'est pas aussi absolu que le savant professeur, et nous verrons que son éditeur limite l'opinion de Lebrun qui consiste à imputer le legs d'usufruit ou de la nue propriété sur la légitime, au cas seulement ou le testateur a obligé l'héritier d'opter entre le legs et la légitime.

Lebrun [1], après avoir dit que la légitime n'est susceptible d'aucune charge aux termes de la loi 32, Code, *De inoff. test.*, et de la novelle 18, chap. 3, ajoute : « C'est une question très-importante que de savoir si un père ne peut pas récompenser son fils en usufruit de ce qu'il lui ôte de sa légitime en propriété ou le récompenser en propriété de ce qu'il lui ôte en usufruit : comme si, devant à son fils 1,000 écus pour sa légitime, il lui donne les 1,500 écus en propriété, sous la réserve de l'usufruit au profit d'un autre. »

Il passe en revue les raisons pour l'imputation, les arrêts rendus en ce sens qu'il appelle préjugés, les moyens contre ce système et se décide pour l'imputation. Il examine ensuite quelle sera la destinée du legs, et ajoute : « Mais il faut pour cela que quelqu'un soit en état de recueillir l'excédant de la nue propriété ou de simple usufruit, qu'on lui ferait abandonner lorsqu'il ne se contente pas de ce qui lui a été légué. C'est pourquoi, s'il y a un héritier pour recueillir cet excédant, qui retourne dans la succession, à la bonne heure, on peut déférer l'option au légitimaire sans lui donner d'un côté, contre la teneur de la disposition, sa pleine légitime, d'autre côté, l'excédant de son usufruit ou de sa nue propriété, suivant la disposition ; ce qui semble s'impliquer. Car de dire que la charge tombe d'elle-même, et doit être rejetée aux termes de la loi *Scimus*, ce n'est pas un argument qui ait lieu en tous cas, puisque souvent le père ne laisse pas la propriété, par exemple, à la charge de l'usufruit ; mais il lègue à l'un l'usufruit et à l'autre la propriété, ce qui semble différent..... »

Que si, au contraire, il n'y a point d'héritier, mais seulement des légataires particuliers, il serait difficile de dire qui devrait avoir cet excédant ; ainsi l'on retombe alors par nécessité dans la décision du droit, qui permet au légitimaire de le conserver. »

[1] Sect. 4, *De la légitime*, liv. II, chap. 3, *Traité des successions*.

Mais pour quelle hypothèse Lebrun se prononce-t-il pour l'imputation des fruits sur la légitime? C'est lorsque le testateur a fait à l'héritier un legs d'un usufruit plus ample sous l'alternative de ce legs ou de la part légitimaire. L'éditeur explique ainsi la pensée de Lebrun : « Les autres autorités contraires à l'opinion de Lebrun, telles que la loi *Scimus* et la novelle 18, sont dans le cas d'un legs fait au légitimaire *sans déclaration* de la part du testateur qu'il entend que son fils choisisse entre ce legs et sa légitime. Il n'est pas étonnant que dans l'incertitude de l'intention on décide en faveur du légitimaire et qu'on lui permette de réunir avec le legs, la légitime. *Mais dans l'espèce actuelle, il s'agit d'un testament qui serait littéralement prohibitif de cette réunion.* »

Ainsi Lebrun ne déplace pas la controverse des docteurs du droit romain. Il donne force au testament du père lorsque la plainte d'inofficiosité a été détournée par la précaution que le testateur a prise de reconnaître pleine et entière la légitime en faveur de son fils.

Reportons-nous à l'espèce jugée par la Cour de Caen.

La dame de Thouaré avait légué la nue propriété d'un domaine et fait diverses autres libéralités, à titre particulier, qui dépassaient le disponible. Sa fille unique, la dame de Piennes, était saisie de l'universalité de sa succession et chargée d'en acquitter les legs. Elle avait droit, à titre de réserve, à la moitié des biens, et en qualité d'héritière, à tout ce qui n'était pas compris dans les dispositions de dernière volonté.

La Cour de Caen établit que la dame de Thouaré n'avait pas manifesté l'intention de réduire sa fille à la réserve ; que cette intention ne pouvait s'induire des résultats de l'estimation de l'hoirie qui constataient que les legs dépassaient le disponible. La testatrice pouvait ne s'être pas rendu un compte exact de sa fortune et de la valeur des legs. Elle considéra aussi que la dame de Piennes se présentait comme héritière *ab intestat* et ne puisait dans les testaments aucun titre de libéralité.

Dans ces circonstances, la Cour de Caen alloua à la dame de Piennes, pour la remplir de la réserve, la pleine propriété du domaine dont la nue propriété avait été léguée, jusqu'à concurrence de la moitié des biens, sans être tenue d'imputer sur cette part indisponible l'usufruit de ce domaine que la dame de Piennes retrouvait dans la succession *ab intestat*.

Aucune autorité citée par M. Demolombe ne se serait élevée contre la décision de cette Cour. Lebrun, le jurisconsulte de l'ancienne jurisprudence française le plus indépendant au regard des lois romaines en cette matière, qui les discute et les confronte avec l'équité et la raison, aurait jugé que cet usufruit revenait à la dame de Piennes comme héritière *ab intestat*, parce qu'elle n'entrait en lutte qu'avec des légataires particuliers. « On retombe alors, dit Lebrun, par nécessité dans la décision du droit qui permet au légitimaire de le conserver. »

L'éditeur de Lebrun aurait aussi adhéré à cet arrêt, parce qu'il ne s'agissait pas d'un testament littéralement prohibitif de cette réunion de l'usufruit avec la légitime.

Ainsi, rien dans l'ancien droit n'accrédite la doctrine de M. Demolombe.

Le Code Napoléon a-t-il déserté les anciens principes et renversé par l'article 917 la sage prévoyance de l'empereur Justinien de fonder dans la famille un fonds productif de fruits, sans être démembré ni vicié de précarité? A-t-il permis de composer la réserve d'une perception annuelle de fruits qui s'éteindrait à la mort de l'héritier, ou d'une valeur en nue propriété frappée momentanément de stérilité?

Le texte, l'esprit, l'économie de l'article 917 en précisent l'application, lorsque la disposition par acte entre-vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible.

Si un père a légué *bona mente* à son fils un usufruit considérable au lieu et place de la légitime et lui a laissé l'option entre cet usufruit ou le prélèvement de la légitime, cette disposition me paraît devoir être sanctionnée par les tribunaux. Nous avons considéré cette option comme non écrite, alors qu'elle était amorcée à une substitution. Le legs de nue propriété ou d'usufruit diffère de la substitution plus ample que le disponible, quoiqu'ils aient beaucoup d'affinité. Les raisons politiques qui ont amené le législateur à prohiber les substitutions, à en circonscrire le cercle dans les prévisions des articles 1048 et suivants du Code Napoléon, fortifiaient notre principe de l'intégrité de la réserve et concouraient, au besoin, à frapper d'impuissance la volonté du testateur qui s'évertuait à l'éluder par des voies détournées; tandis que le droit d'option annexé au legs de nue propriété ou d'usufruit puise un puissant argument

dans la disposition nouvelle de l'article 917 qui a octroyé à cette clause un caractère légal.

Mais, si le testateur n'a pas cantonné l'héritier dans l'alternative du legs ou de la réserve, l'article 917, qui la supplée de plein droit, ne doit pas servir de régulateur, dans la situation inverse de celle qu'il prévoit.

Le texte se refuse à cette extension. Avant MM. de Cacqueray et Demolombe, aucun interprète du Code n'avait appliqué l'article 917, si la disposition portant sur le disponible consistait en nue propriété. MM. Coin-Delisle[1], Troplong[2] en discutent l'étendue et ne sortent pas du cercle d'une libéralité en rente viagère ou en usufruit pur et simple, à temps, conditionnel et de droits personnels d'usage et d'habitation. Ces droits d'usage et d'habitation n'y sont pas dénommés, mais ils y sont compris par analogie, étant de même nature que l'usufruit. Telle est la seule étendue que l'interprétation puisse donner à l'article 917.

Les travaux préparatoires du Code Napoléon en révèlent l'esprit.

La commission, chargée de préparer le projet du titre des donations et des testaments, adopta l'opinion de Ricard que nous avons exposée, à savoir que le legs d'usufruit à prélever sur le disponible ne pourrait en absorber que le revenu. Elle continuait les errements du droit ancien. L'article 17 du projet de l'an 8 était, en effet, ainsi conçu : « La disposition en usufruit ne peut excéder la quotité dont on peut disposer en propriété, en telle sorte que le don d'un usufruit ou d'une pension est réductible au quart, à la moitié et aux trois quarts du revenu total dans les cas ci-dessus exprimés. »

Le projet du consul Cambacérès (art. 544) avait reproduit la même disposition. Mais la section de législation du Conseil d'État modifia ce projet qui restreignait trop la faculté de disposer laissée au père de famille, comme un attribut du droit de propriété, afin d'obvier aux inégalités naturelles ou nées au cours de la vie entre les enfants, de récompenser la piété filiale et de punir l'ingratitude. Ce projet affaiblissait cette magistrature paternelle qui veille, comme une providence, sur l'avenir de la famille, et dont l'autorité tutélaire est l'ancre de la société.

[1] *Commentaire des donations et des testaments*, art. 917, n° 9.
[2] *Commentaire des donations et des testaments*, art. 917, n° 841.

Si le père, guidé par des raisons de convenance, ne voulait enlever à ses enfants qu'une simple jouissance à terme pour en disposer peut-être au profit de l'un d'eux, son pouvoir était circonscrit au revenu de la portion disponible en pleine propriété. C'était faire une trop large part de faveur à la légitime, au détriment de la puissance paternelle. Les droits du sang devaient recevoir un tempérament que de hautes raisons sociales suggéraient au législateur.

La section de législation présenta à la séance du 28 pluviôse an XI, l'article 19 ainsi conçu : « Si la donation entre-vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère, les héritiers auront l'option ou d'exécuter la disposition ou de faire l'abandon de la portion disponible. » Cet article-projet fut définitivement voté, sauf une modification de rédaction qui n'a pas trait à notre sujet.

Quel est donc l'esprit de cet article? En vue de fixer une balance égale entre le disponible et la réserve, les rédacteurs du Code ont ébréché l'antique principe de l'inviolabilité de la légitime dans une de ses ramifications qui s'étendait trop loin sur le domaine de la faculté de disposer, lorsque son application réduisait cette faculté aux seuls revenus du disponible. Ce n'est point uniquement, comme on l'a dit tant de fois pour éluder les évaluations incertaines, aléatoires d'un usufruit, d'une rente viagère que l'article 917 confère à l'héritier le droit d'option.

Les règles qui régissaient la légitime, telles qu'elles étaient renfermées dans les lois romaines et interprétées par la généralité des jurisconsultes français amenaient au même résultat. Le projet de la commission qui l'érigeait en loi fixait aux revenus du disponible le legs ou la donation d'un usufruit et d'une rente viagère et formulait une règle invariable, d'une application facile, qui reposait sur une base d'évaluation certaine. Ce projet se prononçait nettement sur la divergence de l'ancienne jurisprudence française, tarissait la source des procès engagés sur ce dissentiment dans le sens des constitutions romaines. Il a été cependant abandonné et le motif du rejet est évident, c'est parce qu'il réduisait trop la faculté de disposer, si le père ne léguait ou donnait entre-vifs qu'un usufruit ou une rente viagère. Que l'on se reporte aux discussions du Conseil d'État sur les articles 913 et suivants et l'on verra que la grande question, qui occupait le législateur, était de savoir dans quelle mesure il

convenait de graduer le disponible et la réserve. L'établissement de cette dernière était une nécessité unanimement reconnue, la controverse roulait sur sa quotité et sa graduation. Tous les systèmes anciens furent tour à tour discutés [1]. L'organisation de la famille, la prospérité de l'État, les droits du sang, la propriété et ses prérogatives étaient les grands intérêts sociaux en jeu dans ces mémorables discussions. La réserve et le disponible les séparaient en deux camps. Une équitable mesure de la réserve était le terme de la conciliation. Les rédacteurs du Code adoptèrent un terme moyen qui parut la meilleure transaction dans ce conflit des droits de la famille et de la propriété. Ces considérations qu'ils pondérèrent dans leurs laborieuses méditations, que le jurisconsulte ne doit pas perdre de vue s'il veut pénétrer l'esprit de la loi, mettent en relief l'économie de l'article 917 qui fait suite à ces discussions. Il a introduit dans le droit une règle nouvelle pour équilibrer la réserve et le disponible. Tronchet en précise toute la portée, en ne prévoyant qu'une disposition du disponible en usufruit ou en rente viagère : « La légitime doit être laissée en entier. Il pourrait arriver, cependant, qu'un testateur, en réservant la totalité de ses biens à ses enfants, les eût chargés d'une rente viagère ou d'un usufruit qui en réduirait le produit au-dessous des trois quarts. On a demandé si le légitimaire pourrait se plaindre ; et quelques-uns ont pensé qu'il était récompensé de la diminution de sa jouissance par la propriété de la portion disponible. Mais il a été décidé conformément au sentiment de Ricard, que le testateur avait fait ce qu'il ne pouvait pas et qu'il n'avait pas fait ce qu'il pouvait. Or, n'étant pas permis aux juges de suppléer la volonté du testateur, on réduisait ordinairement l'usufruit ou la rente au revenu de la portion disponible. La section a cru devoir proposer une règle fort simple qui prévient ces sortes de procès. »

Si l'on considère la difficulté législative que l'article 917 a tranchée, il n'y a pas de corrélation nécessaire entre les prévisions de cette disposition et l'hypothèse inverse d'un don en nue propriété plus considérable que le disponible. L'argument *à fortiori* de M. Demolombe manque de valeur. « En effet, dit-il, si le législateur a admis que le réservataire, afin d'avoir

[1] Locré, *Code civil*, tome XI.

la pleine propriété de sa réserve, pourrait être obligé d'abandonner la pleine propriété de la quotité disponible à un légataire d'usufruit, c'est-à-dire à un légataire d'un droit purement temporaire, et qui jamais ne devait prétendre à cette pleine propriété, *à fortiori*, a-t-il entendu virtuellement que le réservataire pourrait être obligé d'abandonner l'usufruit à un légataire de nue propriété qui était destiné à l'avoir un jour et auquel le *De cujus* l'avait finalement destiné. »

Par l'article 917, nous avons vu, en analysant les travaux préparatoires, que le législateur a voulu arrêter les empiétements du réservataire sur le disponible, briser une ramification du principe de l'intégrité de la légitime qui envahissait la faculté de disposer dans ses derniers retranchements, et menaçait de stériliser l'influence de cette magistrature siégeant au foyer domestique que le législateur tenait à honneur d'armer du pouvoir de punir l'ingratitude, de récompenser l'amour filial. L'article 917 est un arrangement proposé par la loi pour assurer autant que possible l'exécution du testament d'un père qui ne s'est pas montré inofficieux envers sa famille, puisqu'il lui a laissé le fonds patrimonial. Les rédacteurs du Code ont abrogé les errements du droit pour fortifier la faculté de disposer, lorsqu'elle se traduisait en un mode temporaire qui ne compromettait pas irrévocablement l'avenir, c'est-à-dire en une libéralité d'usufruit ou de rente viagère. Mais, que l'on renverse l'hypothèse, que la nue propriété du patrimoine du père ait été donnée ou léguée à des étrangers, et le droit d'option n'est plus un moyen heureux pour refréner les prétentions exagérées du réservataire, il devient une combinaison pour protéger des dispositions officieuses, une arme dans les mains du légataire contre l'héritier du sang qui se plaint d'être adroitement spolié. Le testateur a enlevé à ses enfants la nue propriété d'une partie considérable de sa fortune, et l'usufruit s'y adjoindra à son extinction dans un avenir peut-être prochain. En présence de ce résultat, la section de législation du Conseil d'État n'eût pas trouvé trop restreinte la faculté de disposer et n'eût pas proposé l'article 917 pour remplacer l'article de la commission qui réduisait le legs d'usufruit et de rente viagère aux revenus de la portion disponible. Pour maintenir, au cas d'un legs considérable de nue propriété une balance égale entre la réserve et le disponible, il eût fallu, au contraire, se

tourner en faveur du légitimaire dont les droits sont plus lésés, mais les règles qui ont créé l'inviolabilité de la réserve infirmaient ce legs; aussi l'article 917 ne s'en occupe pas, et le législateur n'avait pas à craindre qu'on se servît de cet article pour atteindre cette situation qui conduisait à des résultats tout opposés. M. Demolombe reproche à notre doctrine *des inconséquences manifestes, des contradictions sans issue* et véritablement inextricables. « Il s'ensuivrait, dit-il, que l'enfant aurait d'autant plus de droit contre le légataire que le père de famille aurait voulu lui en accorder moins; et que le légataire, lui, serait d'autant plus maltraité que le disposant aurait, au contraire, voulu lui faire une libéralité plus grande! Si le père, en effet, avait légué à un tiers, laissant à son fils la nue propriété, l'enfant, pour avoir la pleine propriété de sa réserve, serait obligé d'abandonner l'autre moitié en pleine propriété au légataire de l'usufruit. Et, au contraire, si le père, faisant beaucoup moins pour l'enfant et beaucoup plus pour le légataire, avait légué à un tiers, à titre particulier, la nue propriété de ses biens, laissant à son enfant seulement l'usufruit; l'enfant, pour avoir la réserve en pleine propriété, ne serait pas obligé d'abandonner l'usufruit de l'autre moitié au légataire de la nue propriété! Est-ce que cela est possible! » Ces inconséquences ne sont que des résultats juridiques amenés par l'action en réduction. Le testament du père qui blesse la nue propriété de la légitime est imprégné d'inofficiosité; il subit, dès lors, les effets de la querelle.

Ce qui fait toucher du doigt le vice d'inofficiosité, ce sont les prétendues inconséquences relevées par l'éminent professeur. En effet, le réservataire privé de la nue propriété, en optant pour la légitime, n'abandonne que l'usufruit au légataire, il concède une valeur moindre, parce que le légataire a plus reçu et trop reçu des dernières volontés du père; c'est aussi à raison de ce que le père a fait beaucoup moins pour l'enfant et beaucoup plus en faveur du légataire que son testament prête le flanc à l'action en réduction, dans le cas d'un legs considérable en nue propriété; il échappe à cette action par la faculté d'option, lorsque la légitime n'est grevée que d'un simple droit temporaire d'usufruit.

M. Demolombe signale des difficultés inextricables si des dons de nue propriété concourent avec des libéralités d'usufruit

et si l'on restreint l'application de l'art. 917 au legs d'usufruit seulement [1].

Je ne me dissimule pas ces difficultés pratiques en cette matière d'évaluation de la réserve et du disponible, hérissée de questions de réduction au marc le franc ou par rang de date et d'imputation pour des situations où le Code Napoléon a innové. Mais ces difficultés sont loin d'être inextricables; elles subsistent également dans les deux doctrines et M. Coin Delisle en indique la solution [2].

L'art. 917 régit la situation dans laquelle concourent plusieurs legs, les uns en propriété, les autres en usufruit, toutes les espèces prévues par M. Demolombe. L'héritier à réserve se trouvant en présence d'un legs d'usufruit qui entame le disponible, il est clair que s'il ne veut pas délivrer ce legs, il ne peut réclamer que sa légitime. L'art. 917 l'oblige à abandonner la quotité disponible entière, et cet abandon est fait à tous les intéressés [3].

En ce qui concerne la règle de l'imputation, qui veut que le légitimaire impute sur sa réserve ce qu'il a reçu, et qui militerait contre notre opinion, suivant M. Demolombe, nous avons vu que Ricard et Lebrun attribuent à l'unique héritier du sang l'usufruit des biens compris dans les legs particuliers par la puissance des principes qui régissent les transmissions successorales, les rapports et l'imputation que le Code Napoléon a recueillis de l'ancien droit dans les art. 921, 922.

On ne doit imputer sur la légitime que des biens en pleine propriété. C'est ce que portent les constitutions romaines qui ont défini sa nature et créé ses priviléges.

Dans l'ancien droit romain, à côté de la querelle d'inofficiosité s'est de suite placée, il est vrai, comme correctif, l'exception d'imputation qui a pris successivement de l'extension. Mais cette exception n'a jamais blessé l'intégrité de la réserve, ni empêché l'héritier de prendre dans la succession, à titre héréditaire, tout ce que le testateur n'en a pas distrait par une disposition entre-vifs ou de dernière volonté. Du reste, les légataires, quels qu'ils soient, n'ayant pas de droit au rapport,

[1] V. la dissertation du savant professeur, *loco cit.*

[2] *Commentaire des donations et des testaments*, art. 917, n° 8.

[3] *Comment. des donat. et test.* de M. Coin-Delisle, art. 917, n° 10...

ne peuvent profiter de l'action en réduction qui ne leur compète pas.

Nous avons constamment parlé, dans le cours de cette dissertation, de la légitime des enfants. Mais, le caractère d'inviolabilité, dont nous avons développé les conséquences juridiques, tenant à la nature de la légitime, ce que nous avons dit de la réserve dévolue aux enfants s'applique à celle des ascendants. En effet, la cour de Rouen a eu occasion, par arrêt du 1er avril 1856 [1], qui infirme un jugement du tribunal civil de la même ville, de juger que le père, institué légataire universel de l'usufruit de tous les biens, meubles et immeubles, de sa fille décédée sans enfants, la nue propriété de ces mêmes biens étant léguée aux collatéraux de la ligne maternelle, n'est pas tenu d'opter entre son legs d'usufruit et la réserve du quart de la propriété que la loi lui accorde, si l'intention de la testatrice de le réduire à un usufruit n'est pas formellement exprimée : il a droit, en qualité de réservataire, à la propriété du quart des biens de la succession, et en outre, en qualité de légataire, à l'usufruit des trois autres quarts des mêmes biens [2].

[1] V. *Journal du Palais*, 1857, p. 937.

[2] Cette discussion était écrite lorsqu'a paru le livre II du *Traité des donations et des testaments*, de M. Demolombe, dans lequel le savant doyen de la Faculté de Caen a donné à sa thèse les développements les plus complets. (V. *Traité des don. et des testam.*, t. II,) du n° 432 au n° 471. Sa puissante et vigoureuse argumentation se brise pourtant contre le principe de l'intégrité de la réserve. L'usufruit que la dame de Piennes recueillait dans la succession de Mme de Thouaré, sa mère, quoiqu'il fût une substance héréditaire, n'était pas une valeur assez pleine ni assez viable pour être imputée sur la réserve. Écoutons parler le célèbre jurisconsulte : « N° 329. Quoique la loi ne considère, dans la réserve, que sa quotité lorsqu'il s'agit de l'action en réduction (*suprà*, n° 427), il faut ajouter que, régulièrement, la réserve doit être laissée en pleine propriété. L'héritier réservataire ne peut donc être forcé de se contenter ni d'un droit d'usufruit ni d'un droit de nue propriété, et cela lors même que la valeur de l'un ou de l'autre droit dépasserait la valeur de sa réserve, etc., etc. » Les lois 32, 36, § 1, Code, *De inoff., test.*, sont la pierre d'achoppement de la doctrine qui a succombé devant la Cour de Caen.

M. Demolombe reproduit les raisons qu'il a exposées dans sa consultation délibérée à l'occasion de l'affaire de la dame de Piennes. Je n'ai pas l'intention de revenir sur cette discussion ; je me bornerai à quelques observations au sujet d'un point historique qui me paraît avoir une grande influence sur la solution de la difficulté. Il importe, en effet, de préciser nettement les derniers errements de la question sous l'ancienne jurisprudence. Cette donnée historique fixera mieux que l'interprétation nouvelle de l'éminent juriscon-

sulte la portée restrictive et exceptionnelle de l'article 917 du Code Napoléon, de l'innovation législative que cet article a inaugurée.

Au n° 432, M. Demolombe commence par poser les deux faces de la question : ou le testateur a expressément déféré l'option à l'héritier, en le réduisant à la réserve pour le cas où il ne voudrait pas exécuter la disposition en nue propriété; ou le disposant n'a pas songé à cette alternative et ne lui a pas imposé de choisir le legs ou la légitime. Dans la première hypothèse, on paraissait s'accorder à reconnaître, dit-il, que l'héritier devait opter entre sa légitime ou sa réserve; dans la seconde, la question était vraiment controversée.

Ces deux propositions sont exactes à l'endroit de la réserve coutumière des quatre quints des propres. Mais la controverse s'élevait entre les docteurs au sujet de la légitime de droit, lorsque le défunt avait laissé un legs d'usufruit ou de nue propriété plus ample que la légitime pour en tenir lieu, soit d'une manière implicite, soit en lui déférant l'option entre le legs et la légitime. Si le testateur avait grevé la légitime d'une charge d'usufruit ou de nue propriété, sans prévenir la querelle d'inofficiosité de l'héritier par des dispositions qui témoignaient de son respect des droits légitimaires, la charge était réputée non écrite. Les termes absolus des lois 32 et 36, Cod., *De inoff. test.*, et la novelle 18, chap. 3, ne permettaient à cet égard aucun doute. M. Demolombe traite pêle-mêle dans les mêmes termes, comme étant réglées par les mêmes principes, la légitime de droit et la réserve coutumière des quatre quints. Les autorités qu'il cite ont trait, les unes à la première, les autres à la seconde, et il en résulte une confusion qui voile la vérité et ouvre une controverse inextricable sur un point de droit clairement défini et souverainement tranché par les arrêts de la Cour de cassation et de la Cour de Caen. Ainsi il cite Ricard parmi les auteurs qui accordaient à l'héritier l'option entre le legs et la pleine propriété de la légitime dans le cas où le défunt avait combiné ses dernières dispositions sans se préoccuper des droits propres de l'héritier et ne l'avait pas placé dans l'alternative de choisir le legs ou la légitime. Il renvoie aux n°s 1434, 1435, 1441, 1450 et aux n°s 1129 et 1130 du *Traité des donations* de Ricard, (V. n°s 432, 433, 471, *Traité des don. et test.*, Demolombe.)

Ricard émet l'avis que M. Demolombe indique, au sujet de la réserve coutumière des quatre quints des propres. Le chaos que Ricard signale dans les écrits des jurisconsultes au n° 1436 concerne la réserve coutumière.

Il en est de même de la citation du remarquable plaidoyer du 3 avril 1699 de d'Aguesseau dans la cause de la duchesse de Ventadour. D'Aguesseau se demande si, par rapport aux biens dont les coutumes ne permettent de disposer que pour une quotité en propriété, on ne peut donner plus en usufruit, ou si les portions qu'elles réservent aux héritiers du sang ne peuvent être chargées d'aucun usufruit. Il s'agit sans contredit de la réserve coutumière régie par des considérations politiques qui ne sont pas de mise, lorsqu'il s'agit de la légitime de droit et de la réserve du Code Napoléon. La réserve coutumière a fait naufrage à la révolution de 89. La loi, porte l'article 732 du Code civil, ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession.

Au regard de la légitime de droit, Ricard enseigne comme Pothier (*loco cit.*) aux n°s 1128, 1129, 1130, que l'héritier la prélèvera exempte de toutes

charges, et il recueillera ce qui excède la légitime, soit en vertu du testament, soit en vertu de sa vocation légale, à moins que le disposant ne l'en ait privé par une clause non équivoque. En effet, pour résoudre la question, il fallait remonter aux lois romaines, qui étaient la source d'où découlaient la légitime de droit et son caractère inviolable. Voët (*loco cit.*) indique en quelle hypothèse on peut se soustraire à la rigueur des termes de ces lois; le testateur devrait marquer son respect des droits légitimaires en invitant l'héritier à choisir la légitime ou le legs. Le président Espiard de Saux combat la validité de cette clause et continue contre Voët et Lebrun la controverse des docteurs qui ont écrit sur le droit romain. Espiard de Saux (*loco cit.*) pose en effet en ces termes la question que la doctrine et la jurisprudence agitaient : « C'est renverser toutes ces vues que de permettre aux pères et mères de laisser la légitime à leurs enfants ou toute en propriété ou toute en usufruit, *en les récompensant par une propriété plus ample ou par un plus grand usufruit, si mieux les légitimaires n'aiment se tenir à leur légitime.* » La doctrine et la jurisprudence discutaient la validité de la clause d'option, qu'elle fût annexée à une substitution ou à un legs d'usufruit.

Le droit romain et l'ancienne jurisprudence française ne voyaient pas avec défaveur les substitutions, et les charges de substitution et d'usufruit qui grevaient la légitime étaient tout à fait soumises aux mêmes principes.

Or la réserve du Code Napoléon tire son origine de la légitime de droit. Sans doute elle y a été codifiée, déjà transformée sous divers rapports au souffle de l'esprit des coutumes. Dumoulin y avait imprimé son influence en formulant l'adage : *Non habet legitimam nisi hæres est.* Introduite dans les coutumes, la légitime de droit, tout en subissant des modifications, y a pris une place propre, a conservé son caractère romain et n'a pas été confondue avec la réserve des quatre quints. La coutume de Paris règle la légitime par l'article 298, et la réserve des quatre quints des propres par l'article 292. Les commentateurs distinguent les principes de l'une et de l'autre. Ces deux institutions d'origine si différente jurent de se trouver réunies sous le même commentaire, interprété au même plan. Le principe de l'intégrité de la légitime, dont les lois 32 et 36 précitées ont posé les fondements, a escorté la légitime de droit en pays coutumiers et affecte la réserve du Code Napoléon, sauf les modifications apportées par l'article 917. Cette disposition tarit la controverse des docteurs sur la faculté d'option et en forme même une règle législative pour couper court à des difficultés d'évaluation dans l'hypothèse la moins préjudiciable à la réserve. Les travaux préparatoires du Code, exposés au texte, rendent cette vérité palpable. (*Note de l'auteur.*)

CH. FRETEL.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

LEÇONS ÉLÉMENTAIRES DE DROIT COMMERCIAL,

A L'USAGE DES ÉCOLES PRIMAIRES SUPÉRIEURES ET DES ÉCOLES PROFESSIONNELLES;

Par L. Ch. Bonne, docteur en droit, avoué à Bar-le-Duc.
Paris, Dezobry, Ferdinand Tandou et Cie, libraires-éditeurs,
78, rue des Écoles.

Par M. Lombard, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Nancy.

Nul, dit-on, n'est censé ignorer la loi. La nécessité pratique de cet axiome est évidente; et cependant la grande majorité des 36 millions de Français que gouvernent nos Codes est à peu près condamnée à les ignorer. La science de la loi sera toujours le partage du petit nombre. Mais il y a une classe de citoyens, celle qui entretient surtout l'activité du corps social, qui a un intérêt puissant à connaître les lois spéciales sous l'empire desquelles elle traite ses affaires : nous voulons parler de l'industriel et du commerçant obligés, par la nature de leur profession, à faire à chaque instant de ces actes qui sont soumis aux règles du droit commercial. Il ne convient guère qu'ils agissent dans l'ignorance de ces règles appelées à exercer sur leur conduite une influence fréquente et décisive. Tous les jours l'utilité de l'enseignement professionnel se fait mieux sentir et s'impose aux esprits réfléchis. Nous ne sommes pas, il est vrai, de ceux qui poussent l'exagération d'une idée juste jusqu'à la transformer en une monstrueuse erreur, et voudraient, par exemple, remplacer l'éducation classique et littéraire, mère des bons esprits, par des leçons de pratique et de métier qui ne sauraient donner à l'âme humaine la lumière dont elle a besoin pour se gouverner, mais qui, en faussant et rétrécissant les intelligences, les disposeraient plus qu'on ne croit aux utopies sociales. Nous n'en admettons pas moins qu'à côté de ce noble enseignement et pour répondre aux besoins si variés de notre temps, l'enseignement professionnel doit grandir et se développer, suivant le mot heureux de M. Saint-Marc Girardin, adopté pour épigraphe par l'auteur du modeste manuel dont nous nous proposons de rendre compte. Or il est manifeste que cet enseignement devra

pour le commerçant comprendre la loi commerciale. Sans aucun doute il ne s'agit pas d'entreprendre une tâche impossible, et de transformer chaque commerçant en jurisconsulte. Mais l'enseignement pratique des notions de droit que comporte l'intelligence du Code de commerce, dans ce degré qui est nécessaire au commerçant pour la saine entente des affaires, ne peut-il être distingué de l'étude approfondie des théories juridiques? Il ne s'agit pas de suivre les principes dans la chaîne de leurs plus lointaines conséquences, dans ces manifestations sans nombre que la multiplicité des espèces découvre aux yeux du jurisconsulte. M. Bonne, docteur en droit, avocat à Bar-le-Duc, qui emploie les loisirs que lui laisse le labeur quotidien des affaires à faire un cours élémentaire de droit commercial au lycée, pour les élèves de l'école française, s'est proposé une tâche plus modeste, mais d'une incontestable utilité. Il s'est dit avec raison que si la loi impose au commerçant des devoirs, il est logique de les enseigner, et que cet enseignement doit précéder l'époque où il entrera dans l'activité des affaires. En apprenant ses devoirs, il connaîtra par là même ceux d'autrui et pourra se faire, en général, une idée juste de ses droits. Ainsi la loi commence par lui dire, en quelques mots très-clairs, en quoi consiste la qualité de commerçant, et c'est une chose sur laquelle il n'est pas rare que les commerçants eux-mêmes se trompent. Cependant cette qualité sert souvent à apprécier la partie d'une convention, et à déterminer l'étendue des obligations qui en dérivent : il est donc utile de lui en donner une idée précise. Et pareillement, comprend-on qu'un commerçant débute dans sa profession sans être pourvu de notions usuelles sur les effets de commerce, les droits et devoirs du tireur de la lettre de change, de l'endosseur et du tiers porteur, sans connaître les règles qui donnent aux sociétés une existence légale et en font des personnes civiles? L'usage, dit-on, apprendra tout cela, et bien des commerçants ont fait leur fortune sans ce bagage de connaissances! La pratique de la vie apprend en effet bien des choses, mais au prix d'erreurs et de mécomptes qu'il faut tâcher de prévenir. Et quant à la richesse, elle est le plus souvent le prix du travail honnête. Or le savoir n'a jamais contrarié le travail; il en est le meilleur auxiliaire!

Le Manuel de M. Bonne nous semble propre à atteindre le résultat désirable : il présente en vingt-neuf chapitres, et sous

forme de questions et de réponses, l'ensemble des éléments du droit commercial, auxquels l'auteur a nécessairement dû ajouter, pour être clair et complet, des notions générales sur les obligations. C'est ainsi qu'il offre aux jeunes gens un enseignement suffisant pour les familiariser avec la loi qui va les régir, sans les enfler de la pensée d'un savoir chimérique, ni leur donner des prétentions à cette habileté et à cette expérience du jurisconsulte, qui sont toujours le prix de travaux longs et opiniâtres.

Il faut d'ailleurs considérer cet enseignement sous un autre rapport que celui d'une utilité toute positive. Il y a un honneur commercial, une probité sévère dont le germe doit être cultivé de bonne heure. La connaissance de la loi écrite nourrit en général et fortifie ce sentiment qui doit accompagner le commerçant dans toute sa carrière, et lui assurer une vieillesse respectée, un honorable repos après une laborieuse existence. Il est vrai que l'instruction ne sauve pas toujours de la perversité, et comme la loi ne peut statuer que par dispositions réglementaires, en vue de l'utilité générale, il se rencontre telle circonstance exceptionnelle où une conscience sans scrupules peut la faire servir à l'accomplissement d'une injustice. C'est ainsi que tel fripon connaît assez le Code pénal pour glisser sur ses lisières. Il n'en est pas moins certain que la loi porte en elle-même de graves et austères leçons, capables d'arrêter les défaillances de la conscience. La loi commerciale répète sans cesse *diligence, bonne foi, probité*. A côté des devoirs qu'elle énonce apparaît à chaque instant la sanction qui ne punit pas seulement la fraude et la mauvaise foi, mais encore la négligence et l'inertie. A chaque pas ces vérités sont sensibles dans le Code de commerce, mais principalement en matière de faillite. Ainsi l'alliance de la morale et de la loi écrite se révèle à de jeunes esprits et les rend plus fermes dans leur droiture naturelle.

C'est encore une bonne idée d'avoir compris dans ces leçons les principes de la propriété industrielle, qui grandit tous les jours en importance. Il faut graver chez les jeunes gens ce respect de la propriété qui doit tempérer l'ardeur de la concurrence, et les prémunir contre les entraînements de la cupidité. L'étude même de la loi n'est-elle pas le meilleur moyen de parvenir à ce but si désirable, et de former les mœurs commerciales?

Dans les contestations qui s'élèvent entre eux, les commerçants ont pour juges des magistrats électifs et temporaires qu'ils choisissent dans le sein de leur classe, comme réunissant à la probité le plus d'expérience et de sagacité. Au milieu des progrès du travail et de l'industrie de la richesse générale, cette juridiction, réputée moins coûteuse et plus expéditive, se charge sans cesse d'affaires plus nombreuses, plus variées, peut-être plus difficiles à juger. Elle semble gagner ce que perd, au moins dans les départements, la juridiction civile. La seule habitude du commerce est-elle une préparation suffisante à des fonctions si hautes? Nous ne méconnaissons pas les garanties d'une honnêteté et d'un bon sens éprouvés par les affaires; mais l'étude des principes du droit commercial, entrant dans l'éducation du futur négociant, du jurisconsulte futur, deviendrait une garantie de plus qui ne serait pas à dédaigner. Elle le rendrait plus promptement capable de pénétrer le véritable esprit de la loi, dans l'examen des questions souvent épineuses pour le jurisconsulte consommé. Elle lui ferait franchir plus vite ce premier moment d'hésitation, de tâtonnement, de défiance de soi-même inévitable dans l'exercice de toute fonction nouvelle. Ainsi disparaîtrait cette anomalie que révèle avec raison M. Bonne : le législateur imposant au commerçant l'obligation d'appliquer ce qu'il n'a pas eu la pensée de lui apprendre!

Peut-être doutera-t-on, non pas de l'utilité de ces connaissances, mais du succès d'un tel enseignement. Vous voulez, dira-t-on, communiquer ce langage de la loi, si sévère et si exact, à des esprits bien peu formés; mais seront-ils assez mûrs pour le comprendre? Ces esprits qu'on reconnaît propres à l'étude des sciences naturelles ou mathématiques sauront aussi entendre ce langage, ordinairement clair et simple, et se rendre compte des actes de la vie commerciale auxquels ils s'appliquent. Ils le sauront, pour peu qu'on sache se mettre à leur portée, et leur donner cet enseignement élémentaire dans la mesure qui leur convient. Le sentiment d'équité, inné dans notre âme, seconde ici puissamment l'intelligence et la rend attentive aux leçons qu'elle reçoit. Enfin, la question est déjà tranchée par l'expérience, suivant l'auteur lui-même, auquel on peut ajouter foi : « Chargé, dit-il, depuis quatre ans de faire « un cours élémentaire de droit commercial au lycée impérial « de Bar-le-Duc, pour les élèves de l'école française, nous avons

« été surpris de la facilité avec laquelle la plupart des élèves « comprennent cet enseignement et du plaisir que leur cause « cette étude, étrangère à leurs exercices habituels. Pourquoi « n'en serait-il pas de même dans toutes les écoles françaises, « à la condition, toutefois, de réserver cet enseignement aux « classes supérieures qui doivent entrer dans le commerce en « quittant l'école? Dégagée des abstractions de la théorie, cette « étude serait en quelque sorte une initiation à la vie réelle, et « je ne doute pas du bonheur que les jeunes gens, fiers de cette « instruction, éprouveraient en faisant tous les jours, chez leurs « patrons, l'application des connaissances qu'ils auraient ac- « quises. »

Le mérite de ce livre tout élémentaire consiste dans la sûreté, dans la netteté d'explications concises et cependant suffisantes.

L'esprit de l'auteur est resté familier avec les théories du droit; au milieu du mouvement des affaires, il n'a jamais déserté cette noble étude; il appartient à cette catégorie d'hommes laborieux qui aiment leur science pour elle-même, et chez lesquels la pratique du Palais sert constamment à éclairer la théorie. C'est en même temps un esprit sage, méthodique, et qui se renferme soigneusement dans les bornes qu'il s'est prescrites, parce qu'il songe avant tout à être utile. Cependant les réflexions qui précèdent son ouvrage sont remarquables, et révèlent une pensée large, un sens élevé; seulement il n'oublie pas que le premier mérite d'un auteur consiste à se conformer aux vues qui lui dictent son œuvre, et sa préoccupation constante est de demeurer à la portée des jeunes gens auxquels, nous l'espérons, son livre rendra de véritables services.

A. LOMBARD.

EXAMEN DOCTRINAL.

Revue critique de la Jurisprudence sur les nullités des contrats de mariage.

Par M. A. Bertauld,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

PREMIER ARTICLE.

Le contrat de mariage, cette loi des relations entre époux que la société laisse dans le domaine des volontés privées, doit participer au caractère de fixité et d'irrévocabilité de l'union qu'il est appelé à gouverner.

Il ne constitue pas une convention ordinaire; il est, et c'est notre premier mot, une vraie loi, une loi de capacité.

Comment pourrait-il suivre, comment ne serait-il pas astreint à précéder l'état dont il va régir les conditions, organiser et distribuer les pouvoirs?

La qualité d'époux exclut peut-être la certitude de la liberté; elle fait appréhender des surprises ou des abus, elle laisse entrevoir la possibilité des séductions de la faiblesse ou de l'ascendant exagéré de la force; peut-être la qualité d'époux se concilie-t-elle difficilement avec les précautions, avec les tiraillements que suscite le conflit d'intérêts pécuniaires. Nous ne disons pas, et nous nous gardons bien de dire que ces raisons ne contribuent pas à expliquer pourquoi, après la célébration du mariage, les époux n'ont plus le droit de choisir ou de modifier le régime auquel ils entendent se soumettre.

Mais ces considérations, si puissantes qu'elles soient, n'ont pas eu, n'ont pas dû avoir la part principale d'influence. Il s'agit d'une loi qui ne liera pas que les époux, qui liera les tiers parcequ'elle sera réputée connue d'eux; elle devra, au moins, être stable; elle sera affranchie de toute chance d'abrogation; elle n'aura pas, sans doute, la publicité des lois faites par les pouvoirs sociaux, elle ne sera pas assujettie aux conditions de promulgation de ces lois; mais, en revanche, elle ne variera pas, et, après tout, on n'aura qu'un texte à consulter, un texte indélébile, le texte qui aura présidé à la formation de l'association conjugale. La loi domestique sera une, et elle ne sera

pas rétroactive; or, elle rétroagirait, si elle était faite après coup; ou si, faite après coup, elle n'était pas rétroactive, elle manquerait à la condition d'unité, puisque la période antérieure à sa rédaction et la période postérieure ne seraient pas dominées par la même règle.

Le contrat de mariage est une loi, et une loi qui commande à tous, quand elle a été licitement et régulièrement faite. Qu'est-ce qu'un commandement sous condition, sous une condition casuelle surtout? Comprend-on comment un agent sera ou ne sera pas responsable d'un acte dont la légitimité ou l'illégitimité dépendra d'un événement à venir qui ne dépend pas de lui? Une loi, tout au plus, pourrait imposer l'abstention; mais elle ne peut pas tout à la fois autoriser et interdire des faits, en subordonnant l'autorisation ou l'interdiction à des circonstances, à l'accomplissement ou à l'inaccomplissement desquelles ceux dont elle réclame l'obéissance doivent demeurer étrangers. La loi matrimoniale doit donc être, parce qu'elle mesure une capacité qui ne saurait être en suspens, une loi pure et simple.

Nous n'avons pas besoin de dire que, si elle ne saurait être soumise à une condition casuelle, elle ne saurait non plus être soumise à une condition potestative de la part des époux et pouvant se réaliser après le mariage.

Si ces idées sont vraies, bien qu'elles aient rencontré des contradicteurs, n'éclairent-elles pas une question sur laquelle on a déjà beaucoup disserté sans parvenir à dissiper toutes les incertitudes et à écarter toutes les obscurités?

Quel est le sort du contrat de mariage arrêté par un incapable? — Je ne veux pas compliquer le problème d'éléments qui ne lui appartiennent pas essentiellement; je choisis pour exemple un contrat de mariage fait par un mineur qui n'est pas assisté de ceux dont le consentement est nécessaire pour la validité de son union. La nullité de ce contrat de mariage n'est-elle que relative? N'est-elle opposable que par le mineur, ou, au contraire, l'époux majeur peut-il s'en prévaloir? En d'autres termes, l'article 1125, Code Napoléon, est-il applicable? Les tiers qui seraient liés par un contrat de mariage valable, le sont-ils par un contrat qui, du chef de l'une des parties au moins, est annulable? La nullité, dans tous les cas, est-elle ratifiable expressément? Est-elle susceptible de se couvrir par prescription pendant le mariage? Si la prescription et la ratifi-

cation sont impossibles pendant le mariage, ne peuvent-elles pas au moins produire effet après la dissolution du mariage? Quel serait l'effet d'une ratification expresse intervenue entre la rédaction du contrat et la célébration civile du mariage?

§ 1.

L'article 1125, Code Napoléon, est-il applicable aux contrats de mariage?

Un mineur a arrêté des conventions matrimoniales sans l'assistance de ceux dont le consentement était nécessaire pour l'autoriser à se marier.

Si le contrat de mariage était un contrat ordinaire, le conjoint majeur, maître de ses droits, serait lié, tandis que son conjoint incapable ne le serait pas. Il y aurait donc deux lois matrimoniales, puisqu'il y aurait des relations civiles d'époux, et il n'y a point de relation qui ne soit gouvernée par une règle (nous supposons que l'union a été valable dans son origine, ou qu'au moins elle n'est plus attaquable). Nous n'examinons point en ce moment quelle serait la loi vis-à-vis de l'incapable; nous disons seulement que la loi résultant de la convention exprimée n'est pas sa loi par la seule efficacité de l'expression.

Si la loi exprimée est la loi obligatoire pour l'époux capable, est-elle la loi obligatoire pour les tiers?

On répondra peut-être oui, si elle est favorable à l'incapable; non, si elle lui est défavorable. Mais les tiers seront donc alors juges des avantages et du mérite de la loi? Ils seront mis en demeure de donner ou de refuser, à leurs périls et risques, leur approbation à une loi qui est réputée leur prescrire obéissance et dont pourtant ils ne doivent tenir compte qu'autant qu'ils la reconnaissent bonne et salutaire. Ils n'ont donc pas en face d'eux une loi certaine, fixe, invariable; s'ils jugent autrement que ne jugera l'incapable, s'ils considèrent comme onéreuse une loi que l'incapable, devenu capable, considérera comme protectrice, ils seront victimes des erreurs de leur appréciation; ils seront victimes encore, s'ils considèrent comme protectrice une loi que, plus tard, l'incapable considérera comme onéreuse. Ils seront, dans la réalité des choses, à la merci de l'un des époux ou plutôt de tous les deux. Ils y seront pendant toute la durée du mariage, si, comme le soutiennent

des auteurs graves qui ne reculent pas devant l'application de l'article 1125, Code Napoléon, le vice, purement relatif, résultant de l'incapacité d'un des contractants n'est susceptible de se couvrir ni par la ratification expresse, ni par la prescription, tant que dure l'association conjugale. Nous nous séparons à regret, mais avec une conviction profonde, d'une théorie qui compte des noms imposants dans la science (MM. Rodière et Paul Pont, I, 288; Odier, II, 640; Marcadé, sur l'art. 1398, n° 2; Troplong, I, 288; Aubry et Rau sur Zachariæ, 3e édition, t. IV, p. 211; Larombière, t. Ier, p. 179, et t. IV, p. 145).

Les parties au contrat de mariage ne stipulent pas seulement pour elles-mêmes, leurs héritiers ou ayants cause, elles ont, en vertu d'une délégation sociale, une sorte de mission législative; elles se créent des droits, des immunités opposables à tous, et puisqu'elles font une loi, elles ne peuvent pas faire une loi boiteuse; elles ne sont compétentes pour faire cette loi qu'à la condition de se lier elles-mêmes et de se lier d'un lien également solide pour chacune d'elles. L'aptitude de tous ceux qui doivent participer à la confection de la loi est une condition et une condition *sine quâ non*, de la validité de cette loi.

Sans doute, il peut paraître étrange qu'une femme mineure qui, sans la protection officielle de la famille, se sera très-bien protégée elle-même par la soumission au régime dotal et la constitution en dot de tous ses biens présents et à venir, soit privée du bénéfice de ces stipulations prudentes, sous prétexte d'une insuffisance de capacité, et surtout qu'elle soit désarmée de ces garanties par le fait du mari majeur, auquel elle voulait bien confier sa personne, mais non confier sa fortune.

Nous nous empressons, d'abord, de faire remarquer que la sagesse de la femme ne sera pas paralysée par la volonté du mari et que cette sagesse ne sera impuissante que par le résultat de ses propres lacunes. Ce n'est pas une sagesse assez sage qu'une sagesse imprévoyante. Quand le mari voudrait rester lié au régime dotal, il ne pourrait, nous le démontrerons bientôt, rester dans ses entraves; mais nous n'avons pas tout à l'heure à préjuger la question de l'efficacité des ratifications.

La preuve que nous entendons écarter en ce moment la question des ratifications, c'est que nous examinons le point de savoir si le mari est lié, aux termes de l'article 1125, envers la femme, alors que la femme n'a pas encore été en mesure d'ex-

primer ses préférences entre le régime qu'elle s'est fait et celui que la loi peut lui faire. Toute notre argumentation se déduit du caractère législatif du contrat de mariage; le contrat est obligatoire, ou il ne l'est pas; s'il est obligatoire, il l'est pour tout le monde; s'il n'est pas obligatoire, il ne l'est pour personne.

§ 2.

Les tiers peuvent-ils se prévaloir des vices résultant de l'incapacité de l'un ou des deux futurs époux figurant au contrat de mariage?

Nous avons presque malgré nous résolu ce second point.

C'est en effet surtout à cause et au profit des tiers que nous avons vu, dans l'incapacité des deux époux ou même dans l'incapacité de l'un des époux, un vice qui enlevait à la loi matrimoniale toute son autorité.

Nous avons pensé que les tiers ne sauraient être astreints à attendre, en face des époux, que ceux-ci aient pris leur parti. Nous n'avons pas vu dans le contrat de mariage une convention ordinaire, une convention dont la portée se concentrât entre les parties et leurs représentants. Nous y avons vu la loi d'une petite société, la loi d'une famille, que la grande famille fait respecter. C'est une loi à part, qui n'est pas l'œuvre de la souveraineté sociale, que cette souveraineté sanctionne seulement, qu'elle déclare inviolable, mais évidemment à la condition qu'elle se présente avec un caractère de perfection sous le rapport de la compétence de ceux qui l'ont faite.

Nous allons bientôt dire qu'elle ne peut pas être corrigée, complétée, purgée de ses taches *ex post facto*, alors même qu'elle serait ratifiable tant qu'elle n'est pas au moins ratifiée; les tiers, sous le prétexte que la ratification pourra venir, sont-ils engagés et peuvent-ils être préjudiciés par elle?

Puisque l'époux capable n'est pas lié, puisqu'il peut écarter l'application de l'article 1125, à bien plus forte raison les tiers ne sont-ils pas liés et peuvent-ils dire qu'une loi imparfaite n'est pas pour eux une vraie loi.

C'est bien là ce qu'a dit la Cour de cassation, dans un arrêt du 5 mars 1855 de la chambre civile, rendu sous la présidence de M. le premier président Troplong.

« Attendu qu'aux termes des articles 1394 et 1395 du Code

« Napoléon, toutes conventions matrimoniales doivent être ré-
« digées avant le mariage, par acte devant notaire, et qu'elles
« ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration
« du mariage;

« Attendu que la solennité et l'immutabilité du pacte matri-
« monial n'intéressent pas seulement les époux, les deux fa-
« milles qui s'unissent et la famille qui va naître; qu'elles
« intéressent aussi les tiers dans leurs relations avec les époux
« et avec les ayants droit de ceux-ci;

« Attendu qu'aux termes de l'article 1398, les conventions et
« donations faites dans le contrat par le mineur habile à con-
« tracter mariage, ne sont valables que s'il y a été assisté par
« les personnes dont le consentement est nécessaire pour la
« validité du mariage;

« Attendu que, s'il dépendait de l'époux qui, après le mariage,
« a contracté avec des tiers, de faire tomber ou de laisser sub-
« sister les conventions matrimoniales, selon qu'il lui plairait
« d'en demander ou de n'en pas demander la nullité, la condi-
« tion des tiers demeurait perpétuellement incertaine, et qu'à
« leur égard le pacte matrimonal perdrait le caractère d'immu-
« tabilité que la loi a voulu y attacher;

« Attendu qu'il n'y a pas lieu de faire à cette matière l'ap-
« plication de la règle en vertu de laquelle le mineur peut seul
« attaquer les actes par lui consentis hors des limites de sa
« capacité, et que les tiers doivent être reçus à exciper de la
« nullité du contrat de mariage à laquelle ils ont intérêt;

« Attendu qu'il résulte des articles 1387 et 1393 qu'à défaut
« d'un contrat valable, la loi supplée à l'irrégularité de l'acte,
« de même qu'elle supplée à l'absence de conventions en sou-
« mettant les époux au régime de la communauté; qu'il suit
« de là qu'en refusant d'avoir égard à l'exception de nullité
« proposée par la femme Pelet contre la saisie-arrêt pratiquée
« sur ses deniers, qu'elle prétendait être dotaux, le jugement
« attaqué n'a pas violé les articles 1125 et 1305 du Code Napo-
« léon, et que, loin d'avoir faussement appliqué les arti-
« cles 1387 et 1398, il en a fait, an contraire, une juste appli-
« caion. »

§ 3.

Le vice du contrat de mariage résultant de l'incapacité des

deux futurs époux peut-il être couvert par une ratification expresse ou par la prescription de l'article 1304 du Code Napoléon?

Les idées que nous avons déjà exprimées résolvent cette question. Nous discutons, sous des paragraphes divers, des points qui sont intimement liés et qui sont dans la réalité indivisibles, qui sont dominés par un principe commun. Chacun d'eux, pris isolément, peut appeler l'appui, suivant nous surabondant, de considérations particulières; mais une seule et décisive raison entraîne toutes les solutions. Il s'agit d'une loi qui s'adresse à l'avenir de la famille qu'on se propose de fonder, d'une loi qui réglera les relations qu'on va contracter : elle ne peut être faite que par ceux qui ne sont pas époux encore; elle ne peut pas être changée, modifiée après la célébration civile du mariage; les altérations qui adviendraient seraient trop suspectes, et la société ne croirait pas à l'indépendance des législateurs; ces altérations pourraient d'ailleurs être la source de trop de débats, de trop d'anxiétés et de trop de douleurs au foyer domestique. Enfin, elles constitueraient une loi nouvelle, une loi abrogatoire d'une loi précédente, ou bien une loi rétroactive, écartant jusqu'au souvenir de l'ancienne loi, qu'elle priverait de vie non-seulement dans l'avenir, mais dans le passé. La souveraineté que la société laisse aux époux ne survit pas à la formation du lien conjugal.

Que serait une ratification? Un vrai contrat de mariage fait après le mariage. Le premier contrat, œuvre de deux incapables, d'un seul incapable si l'on veut, n'était pas une loi : comment deviendrait-il une loi par le fait des deux époux ou par le fait de l'un d'eux? Précisément il ne peut devoir la vie à des époux! Il ne peut naître, il ne peut vivre qu'en recevant la vie des parties qui veulent devenir époux, mais qui ne le sont pas encore! Du moment où il ne réalise pas toutes ses conditions de perfection avant la célébration civile de l'union conjugale, il est mort-né, il n'a rien à attendre de l'avenir! La ratification serait ou un contrat fait depuis le mariage, ou un changement apporté à une ébauche de loi matrimoniale.....

D'éminents auteurs ont dit que la ratification ne serait pas opposable aux tiers qui auraient contracté avec celui des époux qui l'aurait consentie. Elle ne rétroagirait pas, disent-ils, au préjudice des droits acquis, et surtout par le fait de celui qui

aurait constitué ces droits. On appliquerait le paragraphe final de l'article 1338 du Code Napoléon.

Cette théorie implique la validité de la ratification pendant le mariage; elle implique en même temps la succession de deux lois matrimoniales, de deux lois fixant la capacité et distribuant les pouvoirs de l'organisation domestique. Elle fait ainsi échec tout à la fois aux principes d'unité, d'indestructibilité et d'autorité absolue du contrat de mariage. Pour nous, la ratification est nulle, d'une nullité essentielle, radicale; elle est opposable par tous, et personne n'a qualité pour se prévaloir d'un essai législatif véritablement avorté parce qu'il n'a pas satisfait aux conditions de la délégation sociale en vertu de laquelle il pouvait être mené à bonne fin.

Du moment où l'article 1125 du Code Napoléon était écarté, il était évident que nous ne devions pas, que nous ne pouvions admettre l'application de l'article 1338.

Une chose nous préoccupe, c'est que de savants jurisconsultes qui ne voient, dans la nullité du contrat de mariage résultant du défaut de capacité des deux époux ou de l'un d'eux, qu'une nullité relative, ne croient pas à l'efficacité de la ratification. MM. Rodière et Pont, t. I, 158; M. Troplong, t. I, 288; MM. Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. IV, p. 213; Larombière, t. IV, p. 145, nous paraissent sous ce rapport déserter leur théorie, ou au moins ne pas en accepter les conséquences.

Ce n'est pas que M. Troplong, au moins n'ait parfaitement aperçu ce que semblaient offrir de contradictoire les deux solutions qu'il adoptait. Il n'est pas possible de mieux mettre en relief qu'il ne l'a fait dans le n° 288, que nous voulons reproduire, l'objection que nous maintenons malgré sa réponse.

« ..... Le mari ou la femme pourront-ils expressément ra-
« tifier pendant le mariage le contrat de mariage infecté de
« nullité?

« Si nous étions encore sous l'empire de l'ancien droit contu-
« mier, qui prohibait toute convention entre mari et femme con-
« stant le mariage, la négative ne ferait pas hésiter un instant;

« Si, d'un autre côté, nous avions à nous occuper d'une nul-
« lité d'ordre public, telles que sont les nullités prononcées par
« les articles 1394, 1395, 1396, le doute ne serait pas plus ad-
« missible. La ratification serait illusoire; elle ne serait qu'une
« violation de plus de la loi.

« Mais, on le sait, il s'agit ici d'une nullité relative, tirée de « la personne de l'époux mineur, nullité dont lui seul peut ar- « gumenter, et qui n'appartient ni à son cocontractant ni aux « tiers, nullité par conséquent susceptible d'être couverte, du « moins en thèse générale.

« Partant de là, voici ce qu'on peut dire avec apparence de « raison : Pourquoi le mari devenu majeur, pourquoi la femme « devenue majeure ne pourraient-ils pas déclarer qu'ils re- « noncent à cette nullité? pourquoi ne tiendrait-on pas compte « de leur consentement, lorsqu'il est sérieux, libre, exempt de « toute suggestion et de toute contrainte? Qu'on ne puisse pas « opposer à l'époux l'argument résultant de son silence pendant « la plus longue durée du mariage, on l'accorde : ce silence ne « s'explique pas nécessairement par une adhésion. Il trouve aussi « sa raison dans le désir de ne pas troubler la paix conjugale. « Mais quand émane de l'époux une ratification expresse, quel « doute pouvait s'élever? Cette ratification est censée être, jus- « qu'à preuve contraire, le résultat d'une volonté libre; c'est « un acte spontané d'adhésion dont on ne saurait méconnaître « la valeur.

« Ces raisons ne sont pas sans gravité. Cependant, à cause « des principes spéciaux qui gouvernent le contrat de mariage, « je pense qu'elles doivent fléchir, et que, la ratification d'un « contrat de mariage nul opérant un changement dans la situa- « tion où le mariage a trouvé les époux, cette ratification s'éva- « nouit devant le principe posé par l'article 1395 du Code civil. « car elle substituerait, pendant le mariage, un pacte nuptial « valable au pacte nuptial nul, sans valeur, sans autorité, qui « existait au moment du mariage. Or un tel changement n'est-il « pas en opposition avec les idées de l'article 1395 du Code civil? « Je sais qu'il peut être utile pour les tiers de faire cesser un « état de choses qui n'est que provisoire; mais il n'est pas moins « utile de réserver aux époux la liberté d'action et d'opinion « que l'état de mariage ne leur laisse pas pleinement. »

La prescription de l'article 1304 n'est pas plus admissible que la ratification.

Ce n'est pas que cette prescription ne soit qu'une ratification tacite. La prescription de l'article 1304 peut avoir de l'efficacité là où une ratification expresse en manquerait. La prescription et la ratification ne sont pas absolument soumises aux mêmes

règles, et de l'application ou de la non-application d'une de ces fins de non-recevoir, on ne peut pas nécessairement conclure à l'application ou à la non-application de l'autre.

Pour nous, la prescription est impuissante, parce qu'elle constituerait un fait postérieur à la célébration civile du mariage, et qu'un contrat de mariage nul avant ne peut pas devenir valable après la célébration civile de l'union. Il s'agit d'une nullité d'ordre public, parce que l'ordre public est intéressé à ce que la loi matrimoniale que les parties se font n'ait pas d'autorité ou ait une autorité absolue. Nous n'avons donc pas besoin d'invoquer les articles 2253 et 2256 du Code Napoléon. (Voir M. Troplong, t. I, 286 et 287.

On ne doit pas confondre, disent les auteurs dont nous combattons la théorie, les présomptions d'insuffisance de consentement avec les vices de forme qui entraînent la nullité des contrats.

Il y a des conditions qui, sous l'apparence de pures conditions de forme, ont un autre caractère; elles se lient aux conditions de capacité, *vice versâ*, il y a des conditions qui, sous l'apparence de pures conditions de capacité, sont quelque chose de plus; elles font partie des conditions de solennité; elles sont exigées non plus sans doute pour la preuve, mais pour la validité des actes dont l'essence est d'être irrévocable.

Nous n'avons pas à chercher bien loin des exemples de conditions qui réunissent au caractère apparent de conditions de forme, le caractère de conditions de capacité. La constatation d'une convention matrimoniale ne peut résulter que d'un acte authentique antérieur au mariage. La maxime *Locus regit actum* permettra-t-elle aux Français qui se marient à l'étranger, dans un pays où les conventions entre époux, bien que postérieures au mariage, sont reçues comme loi matrimoniale, de ne pas tenir compte des prescriptions des articles 1394 et 1395?

M. Troplong professe l'affirmative; mais, nous le pensons au moins, sa théorie n'est pas destinée à prévaloir. Les raisons de la loi française pour proscrire les pactes postnuptiaux, la présomption d'insuffisance de liberté, la possibilité de troubles domestiques, le caractère législatif de l'acte, sont des causes indépendantes du lieu où le contrat de mariage est rédigé. Qu'importe que la rédaction se fasse en dedans ou en dehors de nos frontières? Les conditions de capacité des contractants

font partie des conditions de la validité du contrat, toutes les fois qu'il est de l'essence de ce contrat d'offrir un cachet d'immutabilité absolue, et d'entraîner, non pas seulement la réciprocité, mais une égale solidité de lien.

§ 3.

La nullité du contrat de mariage, résultant de l'incapacité soit de l'un des contractants, soit de tous les deux, ne peut-elle pas être couverte après la dissolution de l'association conjugale par la ratification ou par la prescription de l'article 1384?

La question, par elle-même, n'est pas sans singularité. Le contrat de mariage est une loi pour les époux, pour leurs familles, pour les tiers. Il est la loi du mariage pour tout ce que la société a laissé dans le domaine des conventions privées. Il gouverne les rapports des époux entre eux et les rapports des époux avec les tiers tant qu'ils restent époux. Eh bien! on demande si la loi, qui n'a pas eu de vie pendant la période contemporaine du mariage, peut recevoir, quand le mariage ne subsiste plus, cette vie qui lui a manqué dans le temps qu'elle devait régir. Bizarre loi, qui ne s'appliquera ni au présent ni à l'avenir, et qui s'appliquera encore moins au passé, si on ne veut la charger d'une rétroactivité impossible! Une loi pour les époux quand ils auront cessé de l'être! Une loi pleine d'à-propos et d'opportunité qu'une loi posthume!

On dit que l'époux survivant et les héritiers du prédécédé pourront prendre pour base de leur règlement l'acte imparfait, hier encore dénué de valeur, au moins en ce qui concerne celui des contractants qui était incapable au moment de la convention matrimoniale.

Incontestablement, si les parties intéressées sont libres et maîtresses de leurs droits, elles peuvent prendre tous les arrangements que comporte leur convenance ou leur fantaisie; mais, pour cela, elles n'ont pas besoin d'être investies de la faculté de ratifier un acte nul d'une nullité d'ordre public. Si, pendant toute la durée du mariage, le contrat est resté nul, nul pour tout le monde, il ne peut pas acquérir une validité à laquelle on ne saurait assigner une cause raisonnable.

La difficulté n'a d'intérêt, d'ailleurs, que pour les donations que peut contenir le contrat de mariage. Il serait, en effet, bien

étrange et par trop injuste d'opposer aux tiers, créanciers soit de la partie originairement incapable, soit même de la partie capable, comme mesure des pouvoirs des deux époux ou de l'un d'eux, une loi rétrospective, réduite pour unique effet à agir sur une période durant laquelle pourtant elle n'existait pas.

La Cour de cassation semble avoir été frappée de la gravité de ces considérations, dans un arrêt de la chambre des requêtes du 6 avril 1858 (Dalloz 1858, 1, 224). Il s'agissait, il est vrai, non pas d'un contrat de mariage nul d'une nullité d'ordre public, ou, dans le système que nous combattons, nul d'une nullité relative résultant de l'incapacité d'un des époux. Le contrat de mariage était vicié par l'absence de la future épouse qui avait été représentée par son père se portant fort pour elle; et on examinait le point de savoir si la nullité pouvait être, après la dissolution du mariage, couverte par la ratification ou par la prescription. La Cour de Toulouse, dans son arrêt du 2 juin 1857, avait dit : « Que, s'il est vrai qu'après la dissolution du « du mariage, il était permis à la veuve Chanson (la femme « pour laquelle son père s'était porté fort), ainsi qu'aux héri- « tiers de son mari, de régler leurs droits respectifs conformé- « ment aux dispositions du contrat du 28 février 1811, une « pareille intention avait besoin d'être manifestée *par une con-* « *vention* nouvelle intervenue entre les parties; que le contrat « précité se trouvant anéanti, il ne faut pas le confondre avec « les autres actes dont le vice peut être couvert par ratification « ou exécution volontaire et contre lesquels l'article 1304 Code « Napoléon, ouvre une action en nullité qui ne dure que dix « ans (Dalloz, 58, 2, 34). »

La Cour de cassation formule l'idée peut-être encore avec plus de netteté et d'énergie.

« Attendu que, si, après la dissolution du mariage, et lorsque « les motifs d'ordre public avaient cessé, il était permis aux « parties de régler leurs intérêts civils par un nouvel acte « comme elles le jugeraient convenable, ce n'était pas à la dis- « position spéciale de l'article 1338 qu'elles devaient recourir; « que cette dispositiou suppose, en effet, l'existence d'un acte « entaché d'un vice ou d'une nullité qu'il s'agit de réparer ou « de couvrir, mais qu'elle ne reçoit pas d'application au cas « d'un acte nul d'une nullité d'ordre public et qui, en égard à « sa nature et à son objet, n'aurait pas pu prendre naissance

« même sous une forme d'ailleurs régulière à l'époque où la « prétendue ratification a eu lieu ; que ces principes, consacrés « par l'arrêt attaqué, résistent à toute critique. »

Si, comme nos anciens auteurs le disaient, *les traités de mariage sont de droit public*, si l'immutabilité est de leur essence, s'ils ne sont rien à moins d'être irrévocables, l'incapacité et l'absence des contractants sont des vices aussi radicaux l'un que l'autre ; ces vices ne peuvent être couverts ni par la ratification, ni par la prescription.

Que deviendront les libéralités faites par ces contrats de mariage nuls d'une nullité d'ordre public, si elles sont de la classe de celles qui ne peuvent être faites que par contrat de mariage?

C'est une donation de biens à venir faite par un tiers à l'époux incapable d'arrêter seul ses conventions matrimoniales, ou même, si l'on veut, à l'époux capable.

Il n'y a pas de contrat de mariage, et la donation ne pouvait se faire que par contrat de mariage. Entachée de la nullité radicale qui vicie l'acte dans lequel elle a été reçue, elle ne pourra être validée pendant le mariage.

Le contrat de mariage doit précéder l'union conjugale.

Après la dissolution de l'union conjugale, la prescription et la ratification sont-elles admissibles? Non. Des donations qui ne peuvent se faire qu'en faveur du mariage et par contrat de mariage ne sauraient avoir lieu quand le mariage est dissous.

Les donations faites par le contrat de mariage nul d'une nullité d'ordre public, en tant qu'elles ne peuvent être faites que par contrat de mariage, participent à la nullité de l'acte qui les renferme, et demeurent sans effet, soit qu'elles soient l'œuvre de l'époux incapable, soit même qu'elles soient l'œuvre de l'époux capable. Elles sont exclusives de toute ratification et de toute prescription pendant et après le mariage.

Le contrat de mariage ne peut pas être divisé. Toutes ses stipulations sont corrélatives ; les donations s'expliquent et se justifient par leur rapprochement. Elles sont tout à la fois cause et effet. Elles sont, d'ailleurs, le plus souvent subordonnées à la nature du régime matrimonial adopté, aux avantages que peut offrir pour l'une et pour l'autre des parties ce régime. — L'anéantissement partiel de la loi domestique tromperait les familles, et, de même que cette loi est nulle ou valable vis-à-vis de tous, elle est pour le tout nulle ou valable d'une manière absolue.

Le vice d'incapacité qui inficie le contrat de mariage peut-il au moins être couvert par une ratification antérieure à la célébration civile de l'union conjugale? Oui, à la condition de satisfaire aux prescriptions de l'article 1396 du Code Napoléon, c'est-à-dire de produire dans la même forme que le contrat de mariage et avec le consentement simultané de toutes les personnes qui y ont été parties. Pour être opposable aux tiers, la ratification doit être rédigée, aux termes de l'article 1397, à la suite de la minute des conventions matrimoniales. (V. cassation, 5 mars 1855 et 20 juillet 1859; Dalloz, 55, 1, 101 et 59, 1, 279.)

Lorsque la cause de nullité qui vicie le contrat de mariage vicie le mariage lui-même, mais que ce mariage, par suite de quelque fin de non-recevoir, est devenu inattaquable, l'inviolabilité acquise à l'union conjugale entraîne-t-elle l'inviolabilité de la loi qui l'a précédée?

Le mineur s'est marié sans obtenir le consentement de ses ascendants ou du conseil de famille; mais le consentement, qui devait précéder, a suivi, ou bien une année s'est écoulée sans réclamation de la part de ceux qui devaient le donner, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Le mineur lui-même a laissé passer sans se plaindre, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage (art. 183 C Nap.), le délai qui lui était accordé pour l'attaquer. Nous entrons dans un autre ordre de difficultés qui seront l'objet d'un prochain examen [1]. A. BERTAULD.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

[1] V. M. Coin-Delisle, *Donations et testaments sur les articles 934 et 935.*

ERRATA.

Page 523 (t. XX), ligne 19, au lieu de : « *pourtant*, » lisez : « *partant.* »
Page 525, ligne 23, au lieu de : « *qu'aux*, » lisez : « *point aux.* »
Page 531, ligne 33 et suivantes, au lieu de : « *Non, l'homme n'a ni inventé « ni adopté la société. S'il n'a pas été fait par elle, il a été fait pour elle. « Bien que la société ne soit pas un but, elle n'est qu'un moyen providentiel « de développement et d'épreuve,* » lisez, en ponctuant ainsi : « *Non, l'homme « n'a ni inventé ni adopté la société. S'il n'a pas été fait par elle, il a été « fait pour elle, bien que la société ne soit pas son but; elle n'est qu'un « moyen providentiel de développement et d'épreuve.* »

DE LA CRÉATION DE CHAMBRES CORRECTIONNELLES D'UN SEUL JUGE,

A L'EFFET D'ABRÉGER LA DÉTENTION PRÉVENTIVE.

Par M. Gustave Roussel, ancien magistrat.

Pour être complète, l'étude d'une question aussi importante devrait embrasser non-seulement l'examen des difficultés qu'elle soulève, mais indiquer aussi les solutions qu'elles comportent; toutefois, comme mon intention est moins de proposer un projet de loi que de démontrer la *possibilité* actuelle de créer des juridictions correctionnelles, permanentes, à formes expéditives et composées d'un *juge seul*, je me bornerai à établir que les principes fondamentaux de notre organisation judiciaire ne font en rien obstacle à une pareille institution.

I. Embarras que rencontre l'administration de la justice devant les tribunaux correctionnels.

Toute loi naît d'un abus; signaler les vices d'une législation n'est-ce pas justifier sa réforme?

C'est ce qui a été fait déjà pour celles de nos lois qui règlent la marche de la procédure devant les tribunaux correctionnels : on a suffisamment constaté, en effet, pour qu'il y ait lieu d'y revenir :

1° *L'augmentation croissante des délits :* — C'est un fait attesté chaque année par la statistique ;

2° *Les lenteurs* qu'entraîne forcément dans l'instruction l'affluence des procédures;

3° *La prolongation* et trop souvent *l'inutilité* (49 sur 100) *des détentions préventives ;*

4° *L'impossibilité* où se trouvent ensuite les juges de donner à l'examen des affaires, que chaque jour accumule devant eux, *le temps et l'attention* qu'elles méritent;

5° Et, ce qui est enfin le plus regrettable, *la précipitation* avec laquelle *ils procèdent pour épuiser le rôle toujours trop chargé de leurs trop courtes audiences*[1]; aussi *expédient-ils* quel-

[1] Le tribunal correctionnel de la Seine juge plus de 14.000 affaires par an, ce qui donne une moyenne de 30 affaires par audience de cinq heures.

quefois en cinq minutes des prévenus qui, pour attendre leur tour, ont subi de quinze jours à un mois de détention.

Que dire d'une justice aussi lente à ses débuts et si précipitée au moment le plus grave?

Quelle impression en retiennent les témoins et ces inculpés frappés avant d'avoir été entendus ou compris?

Et quels fruits peut-on retirer d'une condamnation qui, venant si tard, après l'oubli de la faute, a perdu l'efficacité de l'exemple?

Il y a là une situation dont les dangers ont frappé les esprits les moins clairvoyants.

Nos formes judiciaires excèdent quelquefois l'évidence et la simplicité des infractions; une procédure qui sacrifie, plus qu'il ne faut, les droits de la liberté individuelle, est une procédure qui faillit au but de la loi, une procédure vicieuse; et si l'on discute encore, c'est moins sur *la réalité du mal* que sur son *étendue* et les *moyens* les plus efficaces d'y porter remède.

L'ÉTENDUE DU MAL. — Disons tout de suite que pour ceux qui réclament le plus contre les lenteurs de notre procédure, le mal n'est pas dans ses formes; ils en apprécient trop la bienfaisante protection, mais dans l'abus qu'on en fait en les observant pour des affaires où leurs garanties est plus un embarras qu'un service.

Ils distinguent en conséquence entre les délits que caractérisent *la gravité du fait et l'intention criminelle* et ceux qui, indépendamment de cette *intention*, consistent dans la *commission matérielle* d'un acte prohibé : *délits* par la nature de la peine, *contraventions* par la nature de leurs éléments constitutifs et qualifiés pour cela de *contraventions correctionnelles*.

Pourquoi soumettre ces contraventions aux involutions de procédure que nécessitent seuls les faits compliqués? Pourquoi ne pas juger simplement ce qui est simple? ne pourrait-on en attribuer la répression à une juridiction plus expéditive?

Notre système d'organisation judiciaire y répugnerait moins qu'on ne pense : la division des juridictions, d'après la nature des infractions, y conduirait presque. Rien ne compléterait mieux en effet la série des institutions judiciaires que la création d'une juridiction *correctionnelle intermédiaire*, correspondant par ce titre au titre *correctionnel* de ces transgressions, et

qui ne serait en réalité qu'un *tribunal de police* comme elles ne sont en réalité que des *contraventions*.

Mais n'anticipons pas sur l'ordre naturel des idées : — Ces observations n'ont d'autre but que de bien préciser les faits pour lesquels on réclame une répression plus rapide ; — Les esprits sérieux qui espèrent sous ce rapport quelques réformes n'ont en effet en vue que *ces contraventions correctionnelles et les flagrants délits légers qui peuvent leur être assimilés*[1]. — Ce sont d'ailleurs les seuls dont il y ait lieu ici de se préoccuper.

Le champ des améliorations possibles ainsi délimité, passons aux principes.

La détention préventive et les délais de la procédure sont des *nécessités* judiciaires ; — A ce titre la nécessité seule doit être la mesure de leur utilité.

Or, qu'y a-t-il de nécessaire en matière de poursuite ? deux choses :

La constatation du délit, et la *connaissance de son agent*.

Le délit constaté, le coupable arrêté ; il n'y a plus qu'une chose juste : Le juge, qui déclare la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé : toute détention, tout retard est une rigueur inutile, un abus et quelquefois pis : une faute.

N'employer que le temps et le personnel strictement indispensable pour la constatation du délit et de la culpabilité, et accélérer d'autant plus le jugement que le délit est d'une importance plus minime, — Tel est en dernière analyse le principe véritablement supérieur en matière d'organisation judiciaire.

Le législateur en France ne l'a certainement point méconnu, mais les moyens d'application n'ont pas répondu à ses vœux : en ne distinguant pas, par le mode d'instruction, *les délits graves* des *délits mineurs* ; — En adoptant pour tous la même procédure, — il a soumis ces derniers à des complications inutiles.

[1] Il est logique de faire juger par une juridiction expéditive les affaires correctionnelles qui ont plus le caractère de contraventions que de délits, et dont le plus souvent la preuve est facile et la nature peu grave. Mais ce n'est pas là l'unique besoin social à satisfaire. Il y a de vrais délits, sans assimilation possible avec ces contraventions, graves ou non, dont le jugement requiert célérité, et qui, lorsqu'ils sont *flagrants*, peuvent être prouvés immédiatement et facilement, et qu'il faut comprendre dans la réforme.

L'intérêt mieux entendu de la vindicte publique exige une application plus intelligente du principe.

L'harmonie de notre législation s'y opposerait-elle? aurait-elle à redouter quelque chose de ses conséquences? la crainte des innovations pourrait-elle en faire ajourner les bienfaits?

Crainte puérile et que rien ne justifie. — Entre ceux qui, par respect pour l'autorité ou l'harmonie des lois, en repoussent les améliorations et ceux qui les réclament au nom de l'intérêt général, il n'y a pas à hésiter; les législateurs n'ont pas précisément pour mission de conserver intactes les institutions du passé, mais de les approprier suivant les temps et les lieux aux convenances et aux légitimes besoins des populations, et fussent-elles le résultat d'une théorie encore plus parfaite, il n'y aurait pas à les respecter davantage du moment où l'expérience en a démontré l'insuffisance et les imperfections.

Quoi qu'il en soit, là n'est plus la question :

La nécessité de modifier la législation en ce qui concerne le jugement et la poursuite de certains délits a été souverainement reconnue et, à moins de nier la possibilité de ces modifications, il n'y a plus qu'à rechercher les *moyens* qui peuvent les concilier le mieux avec les principes.

II. Des moyens adoptés par les législations étrangères.

La France n'est pas le seul pays où l'accroissement inattendu des délits ait produit des embarras; la Belgique et l'Angleterre les ont également éprouvés; — Il ne sera pas indifférent de connaître ce qu'elles ont tenté pour y remédier, car dans les voies obscures et difficiles du progrès toujours un législateur en guide un autre.

En matière de justice, comme dans l'industrie, la division du travail est un procédé précieux : il faut répartir entre plusieurs ce qu'un seul ne saurait ou ne pourrait faire.

C'est à cette idée qu'ont obéi l'Angleterre et la Belgique, en différant toutefois sur le choix des deux *seuls modes* possibles de son application.

La Belgique y a pourvu, sans juridictions nouvelles, en attribuant aux juges de paix *les délits légers et les contraventions*

correctionnelles qui surchargeaient ses tribunaux de première instance; — l'Angleterre, par la création d'une juridiction spéciale, — *le juge unique des cours de police* — à qui a été confié le jugement, *sur conviction sommaire*, des infractions dont le peu de gravité ne méritait ni la solennité des cours d'assises, ni la flétrissure qui en résultait pour le prévenu ou accusé.

Ces deux systèmes méritent d'être étudiés.

A) Système belge : — *Extension de la compétence des juges de paix.*

Trois moyens se présentaient au législateur en Belgique pour opérer la dévolution d'attribution qu'a réalisée la loi du 1er mai 1849 :

1° *L'élévation de la compétence des juges de paix* jusqu'aux taux des peines correctionnelles des délits qu'il y avait lieu d'enlever aux tribunaux correctionnels;

2° *L'abaissement de leurs pénalités* jusqu'aux limites des peines de simple police, ce qui les eût fait passer dans la catégorie des contraventions;

3° Ou enfin *L'élévation de la compétence* combinée *avec l'abaissement des pénalités de ces délits.*

C'est ce dernier parti qui fut préféré : — Le *maximum* des peines que les juges de paix pouvaient prononcer fut porté de trois à huit jours d'emprisonnement et de 15 francs à 200 francs d'amende, et c'est à cette limite qu'a été réduit *le maximum* des peines édictées contre les délits déclassés.

L'article 2 de la loi du 1er mai 1849 porte : « Les juges de paix « appliqueront les peines encourues par les infractions men- « tionnées en l'article 1 jusqu'à concurrence de huit jours « d'emprisonnement et de 200 francs d'amende;

« Les peines plus élevées seront de plein droit réduites à « ce maximum. »

Quant aux délits *décorrectionnalisés*, l'article 1er en donne l'énumération comme il suit :

« Art. 1er. — Indépendamment des affaires de simple police « qui leur sont attribuées, les juges de paix connaîtront :

« 1° Des délits de vagabondage, de mendicité et d'injures « des articles 271, 274, 275 et 375 du Code pénal ;

« 2° Des délits ruraux prévus par les dispositions encore « en vigueur de la loi du 6 octobre 1791 ;

« 3° Des contraventions aux lois et règlements sur la « grande voirie, le roulage, les messageries, les postes et les « barrières ;

« 4° Des contraventions aux arrêtés légaux sur les poids « et mesures ;

« 5° Des infractions aux règlements provinciaux ; »

Et, pour simplifier la procédure en ce qui concerne les vagabonds et mendiants arrêtés, l'article 3 ajoutait cette disposition importante :

« Art. 3. — Dans les cas de vagabondage et de mendicité pré« vus par les articles 271, 274 et 275 du Code pénal, l'indi« vidu arrêté sera amené dans les vingt-quatre heures devant « le juge de paix à son audience ordinaire ou à celle que « l'officier du ministre public requerra pour le lendemain, « afin d'y être statué conformément aux articles 1 et 2, et « cependant l'inculpé restera sous la main de la justice en « état d'arrestation.

« Si le prévenu le demande, un délai de trois jours lui « sera accordé pour préparer sa défense. »

Le Piémont a adopté le même système ; par une loi du 23 juin 1854, certains faits qualifiés délits ont été attribués aux juges de mandements ; la disposition de cette loi qui opère cette dévolution est ainsi conçue :

« Art. 5. — Les blessures, coups ou autres mauvais traite« ments corporels faits sans armes proprement dites et qui « n'auront occasionné aucune maladie ou incapacité de tra« vail de plus de cinq jours seront de la connaissance des « juges de mandement (de paix) qui appliqueront des peines « de simple police avec faculté de doubler l'emprisonnement « et l'amende. »

Quelque simple que soit ce système, et si facile qu'en paraisse l'application, il n'y a pas cependant à se faire illusion sur les difficultés qu'il rencontrerait ou ferait naître en France.

Voici d'ailleurs, au double point de vue de *l'abaissement de*

la pénalité et de *l'extension de la compétence* qui le caractérisent, les motifs principaux qui me semblent devoir en faire repousser l'adoption.

L'abaissement de la pénalité, rien ne pourrait en France la justifier; ce serait là, en effet, plutôt un expédient qu'une amélioration réelle; — Le taux des peines se détermine en effet, non point d'après la compétence ordinaire du juge, mais uniquement d'après la gravité des infractions et l'intention qu'elles supposent; sous ce rapport la pénalité des délits à déclasser n'a fait l'objet d'aucune critique sérieuse.

En ce qui concerne *l'extension de la compétence*, outre qu'elle excéderait quelquefois la capacité et l'indépendance des juges de paix, elle porterait une atteinte sérieuse à leur influence et, ce qui est plus grave, au caractère même de leur juridiction.

Je m'explique :

Des lois récentes ont, à diverses reprises, étendu la compétence civile des juges de paix, l'accroître aujourd'hui en matière pénale ce serait les détourner des devoirs qui sont l'objet principal de leur institution et donner la prééminence à celles de leurs attributions qui n'en avaient été jusqu'à ce jour que le côté secondaire.

Abandonné à lui-même, le juge de paix décide seul; à la différence des membres des tribunaux de trois juges, il est seul l'auteur et porte seul la responsabilité des condamnations qu'il prononce; cette situation nuirait à son influence conciliatrice auprès de ceux qu'il aurait condamnés; et ce que son autorité gagnerait comme juge de police ne compenserait pas ainsi ce qu'elle perdrait comme arbitre pacificateur.

Seraient-ils d'ailleurs à la hauteur de leur nouvelle mission? sans parler de la fermeté et de l'indépendance qu'il leur faudrait pour résister aux influences extérieures, l'étendue de leurs connaissances juridiques répondrait-elle à l'extension de leurs attributions? On peut en douter sans leur faire injure; quoique renfermant des hommes instruits, le personnel des juges de paix laisse, en général, beaucoup à désirer; les notions de droit et de jurisprudence sont loin de leur être familières; la plupart ne sont même pas licenciés; il y aurait dès lors de sérieux dangers à leur conférer un pouvoir dont ils pourraient, à leur insu, abuser ou mal user et dont l'indépendance ne se-

rait pas entre leur main garantie par l'inamovibilité du juge.

Mais, il y a plus, la seule disposition de la loi belge qui réalise sur ce point un véritable progrès, celle de l'article 3, serait précisément celle qui présenterait le plus de difficulté : « *les inculpés de mendicité et de vagabondage doivent*, aux « termes de cet article, *être jugés dans les vingt-quatre heures* « *et rester dans l'intervalle en état d'arrestation.* » — Une semblable mesure serait le plus souvent inexécutable. — Tous les chefs-lieux de canton ne sont pas pourvus de lieux de détention et surtout de lieux de détention suffisants et convenables ; — Tous les juges de paix ne résident pas dans ces chefs-lieux ; — Les brigades de gendarmerie n'y sont pas toujours placées; toutes ces circonstances rendraient difficiles et souvent impossibles les mesures de cet article; et fussent-elles praticables, elles entraîneraient des frais considérables pour la construction, l'appropriation et la garde des maisons d'emprisonnement de simple police [1].

Tels sont les motifs qui me paraissent s'opposer à l'introduction dans les départements en France du système adopté en Belgique.

Quant à son application à Paris ou dans les grands centres, comme elle entraînerait forcément une augmentation du personnel des juges de paix et l'établissement par quartiers des tribunaux de police, il n'y a plus entre cette création et celle de juges uniques correctionnels tenant dans divers quartiers des audiences permanentes qu'une différence toute à l'avantage de ces derniers, à savoir : la considération qu'ils retireraient de leur inamovibilité et de leur position hiérarchiquement plus élevée [2]. — Les questions que soulève dès lors à ce point de vue, le système belge, se confondent avec celles que fait naître l'adoption du système anglais.

Faisons observer toutefois ici, pour ceux qui pourraient croire que la création d'une ou deux chambres correctionnelles

[1] V. le rapport de la commission de la Chambre des députés de la Belgique, chargée d'examiner le projet de loi de 1849.

[2] Un motif d'ailleurs, déterminant, est la *concurrence* de compétence, désirable et nécessaire, entre le juge unique et le tribunal correctionnel ordinaire, de façon que le premier puisse se dessaisir dès que l'affaire devient compliquée, et qu'aucune nullité ne puisse résulter de ce que le même délit soit porté devant l'une ou l'autre *chambre correctionnelle*.

de plus à Paris pourvoirait à tous les embarras, que le tribunal de la Seine n'est pas seulement insuffisant par le nombre certainement trop restreint des chambres qui le composent, mais encore et surtout par la lenteur et la complication de la procédure suivie devant elle; et qu'il s'agit moins d'augmenter le nombre des juridictions que *d'organiser une procédure plus rapide pour juger les délits de peu d'importance;* ce qui réduit la question à cette alternative :

Ou de créer des chambres correctionnelles de trois juges,

Ou des chambres correctionnelles d'un seul juge siégeant en permanence.

Mais toujours avec procédure sommaire devant les unes ou les autres.

Ce qui nous ramène à l'examen du système anglais des cours de police de Londres.

B.) Système anglais : — *Institution d'une juridiction correctionnelle spéciale pour les petits délits et les contraventions correctionnelles* [1].

Les cours de police, tenues par un seul magistrat, siégeant tous les jours non fériés dans certains quartiers de Londres, ont été instituées en 1792 en vue d'enlever au jury surchargé les délits d'une gravité minime et d'en accélérer, à moins de frais, la poursuite et la répression.

Ces cours ont depuis cette époque reçu des développements qui leur ont acquis une importance considérable.

Les services qu'elles rendent, la faveur qui les entoure ont donné lieu de penser à ceux qui en ont étudié le fonctionnement que l'établissement à Paris de juridictions analogues produirait les meilleurs résultats [2].

[1] V. à ce sujet les très-remarquables discours de rentrée de M. de Plasman, substitut de M. le procureur général à Lyon, en 1858, et de M. de Lagrevol, substitut de M. le procureur général près la même Cour, en 1860, sur la justice et la procédure criminelle en Angleterre. — V. aussi l'ouvrage publié par M. Berenger, ancien conseiller à la Cour de cassation, sous le titre *de la Répression pénale, de ses formes et de ses effets.*

[2] C'est à M. Valentin Smith, conseiller à Lyon, que surtout revient l'honneur d'avoir préconisé en France les avantages de ces juridictions. Dès 1851, il avait été désigné pour aller en étudier sur les lieux l'organisation et les moyens de les importer en France.

Pour apprécier jusqu'à quel point notre organisation judiciaire comporterait une pareille institution, il convient d'en exposer non-seulement *la composition, la compétence* et la *procédure*, mais encore, et surtout, *les principes*, afin de voir s'ils peuvent se concilier avec ceux de notre législation criminelle.

I. Composition des cours de police de Londres. — Rien n'est moins compliqué que l'organisation intérieure de ces juridictions; chacune d'elles se compose :

1° *D'un magistrat salarié et inamovible* qui, sous le nom de *juge de police*, siége tous les jours de dix heures du matin à cinq heures du soir, assisté:

2° *D'un greffier* pour inscrire sur un registre les noms du inculpés, des plaignants, des témoins, les points à retenir de leurs déclarations, plaintes et défenses, et les décisions du magistrat;

3° *D'un trésorier*, pour recevoir le montant des amendes, les avances de frais, et les sommes déposées pour les mises en liberté sous caution.

Des huissiers, des messagers et des policeman, plus ou moins nombreux, suivant les besoins du service, se trouvent en outre placés sous les ordres du magistrat.

La loi a limité à vingt-sept le nombre des cours de police qu'il est loisible à la Reine d'établir à Londres.

Dans ces Cours, pas plus que dans les autres, il n'existe, comme cela a lieu en France, de magistrats chargés de l'exercice de l'action publique.

Le Ministère public n'est pas une fonction organique de la justice en Angleterre; cela tient à la différence des principes et des règles de l'action judiciaire.

II. De l'action publique et de l'action privée en Angleterre. — *En France*, ce qui dans les délits l'emporte aux yeux du législateur, c'est l'atteinte à l'ordre public; — la violation des droits privés n'en est que l'élément secondaire;

En Angleterre, c'est l'opposé : la loi, moins abstraite ou plus positive, ne voit dans le délit que le *dommage immédiat*, la violation du droit privé; l'alarme n'est rien, l'intérêt particulier est tout.

Cette différence d'appréciation, dont on pourrait peut-être

trouver la raison dans l'étude comparée des mœurs et des institutions politiques des deux peuples, explique la différence de leurs systèmes judiciaires.

Là où la loi constate dans les délits le principe d'une action publique distincte de l'action résultant du dommage causé, l'institution d'un officier public chargé de son exercice était non seulement une nécessité d'ordre public, mais la conséquence forcée de la théorie répressive : aussi le ministère public est-il en France une fonction essentielle de l'organisation judiciaire.

En Angleterre cette institution eût été un contre-sens.

Ce qui y prédomine et ce qui devait y prédominer dans la poursuite, c'était *la vindicte privée :* elle y absorbe en général l'action publique; quelque intérêt que l'Ordre puisse avoir à la punition des infractions, il est primé par celui de la partie lésée; le juge ne peut être en conséquence saisi *que par sa plainte ou dénonciation;* elle peut seule mettre ainsi en mouvement l'action judiciaire.

Il est toutefois des exceptions à ces principes, — en cas de crimes et de délits publics ou politiques, d'attentats contre la sûreté de l'État, de la personne du souverain, de ses héritiers ou du grand chancelier, ou encore lorsqu'il s'agit de morts violentes; — soit que l'on considère ces faits comme ne portant atteinte qu'à l'intérêt général, soit à raison de l'impossibilité d'une plainte de la part des victimes; la poursuite est alors exercée d'office par certains officiers de la couronne, *l'attorney général* ou son substitut, *le sollicitor général,* ou *le coroner*, pour les meurtres.

Dans tous les cas, et par exception encore, l'arrestation d'un coupable *sur flagrant délit* saisit le juge et lui donne droit d'instruire et de prononcer; mais en dehors du flagrant délit, le patient est seul maître de la poursuite.

Deux points sont à retenir de cette théorie anglaise, savoir :

1° *Que le ministère public n'est point représenté et ne* pouvait *l'être dans les Cours de police;*

2° *Que la poursuite des infractions de leur compétence ne peut avoir lieu que sur la plainte ou la dénonciation de la partie lésée, ou d'office sur l'arrestation du coupable surpris en flagrant délit.*

Ce sont là d'ailleurs, avec l'absence de *toute instruction préa-*

lable et secrète, les conséquences de l'idée de *vindicte privée* qui est le principe de l'action judiciaire en Angleterre.

III. De la compétence des Cours de police. — Très-restreinte dans le principe, la compétence des Cours de police a été, depuis leur création, considérablement étendue : elle comprend aujourd'hui, *outre les contraventions de police* proprement dites, un grand nombre de faits qualifiés *délits* en France; tels sont :

Le vagabondage;

La mendicité;

Les blasphèmes ou outrages à la religion;

Les coups et blessures volontaires sans gravité;

Les rixes et rébellions;

Les dommages à la propriété d'autrui;

Les bris de clôture;

Les vols simples et autres délits des enfants de moins de quinze ans;

Et les vols simples de moins de 125 francs commis par des majeurs de quinze ans, *mais seulement lorsqu'ils consentent à être jugés sur sommaire conviction.*

Cette compétence *ratione materiæ* est en outre délimitée par la compétence *ratione pœnæ* : il faut en effet pour que le magistrat puisse prononcer, qu'il n'y ait pas lieu, à raison des circonstances, de prononcer contre les auteurs de ces délits une peine supérieure à six mois d'emprisonnement ou à 500 francs d'amende; sous le rapport de la pénalité, leur juridiction expire à cette limite.

IV. De la procédure et des jugements dans les Cours de police. — Ainsi que cela a été dit, les juges de police ne peuvent être saisis des délits de leur compétence que de deux manières :

Par la plainte ou l'accusation de la partie lésée,

Ou d'office par l'arrestation du coupable surpris en flagrant délit.

Une fois saisi, le magistrat est maître absolu de l'action judiciaire, et remplit tour à tour les fonctions de *juge instructeur* et de *juge de juridiction.*

I. *Comme juge instructeur*, il reçoit les plaintes, les dénonciations et les informations ou rapports de police.

Si l'auteur du délit *n'est pas arrêté* ou ne comparaît pas, il

décerne contre lui des mandats de comparution ou d'arrêt ou lui fait donner citation.

Il prescrit toutes les mesures de nature à amener la découverte de la vérité; constatation des circonstances et du corps du délit, visite des lieux, perquisitions à domiciles, saisie des objets du délit, arrestation des complices et des recéleurs. Les officiers placés sous ses ordres sont chargés de l'exécution de ces diverses mesures; il fait citer les témoins et reçoit leur déposition en public.

Si l'auteur du délit *est arrêté* ou comparait, l'instruction contradictoire a lieu immédiatement et publiquement;

Le plaignant ou le *policeman* exposent le fait; les témoins cités ou amenés sont entendus.

Cela fait, si le délit est de ceux que le magistrat a le droit absolu de juger sur *conviction sommaire*, il donne la parole au prévenu ou à son défenseur, et prononce ensuite, séance tenante, soit la condamnation, soit l'acquittement, soit le renvoi à une audience suivante pour continuer l'instruction ou attendre de nouveaux renseignements.

Si le délit est de ceux que le magistrat ne peut juger sur conviction sommaire, qu'en vertu du consentement du prévenu, il est procédé de la manière suivante, conformément aux dispositions de la loi du 14 août 1855.

Après l'audition des témoins à charge et avant toute défense et interrogation de l'inculpé, le magistrat lui expose la nature de l'accusation dirigée contre lui et termine par ces paroles :

« *Consentez-vous à être jugé par nous ou désirez-vous être renvoyé par-devant un jury aux sessions ou aux assises?* (Art. 2.)

Si l'accusé ne répond pas, le magistrat ajoute :

Voulez-vous plaider coupable ou non coupable? guilty or not guilty.

Si l'accusé persiste dans son silence ou répond négativement, le magistrat procède à toutes les constatations ordinaires, dicte au greffier les points à retenir de l'information et renvoie l'affaire au jury.

L'accusé consent-il, au contraire, à être jugé *sommairement*, l'accusation est rédigée par écrit; elle lui est lue; il lui est ensuite demandé s'il est coupable ou non coupable : — coupable, le juge applique la peine encourue, — sinon la parole est

donnée à la défense pour le développement de ses moyens, et le juge prononce.

II. *Comme juge.* — Le magistrat, si le délit est de sa compétence, inflige la peine, sinon il renvoie devant la Cour compétente.

En cas de condamnation comme en cas d'acquittement, il a tout pouvoir pour statuer sur les frais, les réparations civiles et la restitution des objets à leurs propriétaires; ces objets leur sont rendus en l'état où ils ont été saisis et retrouvés, et chose à noter, sans que nul se soit cru autorisé à en vérifier le contenu : la magistrature est pénétrée d'un si grand respect pour les droits des citoyens, en Angleterre, qu'elle croirait manquer à ses devoirs si elle allait, par une indiscrétion quelconque, au delà de ce qu'exige la constatation et la réparation des délits : un portefeuille volé est rendu, après jugement, sans avoir été ouvert [1].

Tant que l'évidence n'est pas faite, le magistrat peut renvoyer d'un jour à un autre sa décision, laissant l'inculpé en état de détention ou en liberté, suivant les circonstances; dans tous les cas, il a la faculté la plus illimitée d'accorder la liberté provisoire avec ou sans caution.

L'instruction est ordinairement terminée le jour même ou le lendemain; elle dure quelquefois deux ou trois jours, rarement plus d'une semaine.

L'instruction de la même affaire eût pris en France huit jours au moins.

C'est peu, dira-t-on : c'est trop, si c'est inutile et si rien ne s'oppose à ce qu'une procédure plus rapide rapproche, comme en Angleterre, le jour du jugement. — Il n'y a pas, à cet égard, à argumenter du danger qu'il peut y avoir de toucher aux institutions établies : les institutions peuvent toujours être modifiées et doivent l'être lorsque l'expérience en découvre les imperfections, et quelle plus grave imperfection que celle qui entraîne l'injustice! — quelle plus dure injustice que la détention préventive prolongée, infligée à des innocents? La sta-

[1] La vérification du contenu de l'objet saisi est souvent une nécessité, car le voleur a pu l'ouvrir et y placer des objets révélateurs, souvent aussi un moyen de vérifier si le plaignant est sincère dans ses descriptions. Les formalités dégénèrent quelquefois en puérilités dans l'Angleterre. Mais la restitution est en France trop lente et trop embarrassée.

tistique[1] consultée la constate par des chiffres d'une signification bien redoutable.

	DURÉE.	DE 1851 A 1855.	DE 1855 A 1860.
Nombres proportionnels sur (1,000) des prévenus mis en liberté comme non coupables, après avoir été détenus préventivem.	moins de 15 jours	400	465
	de 15 jours à 1 mois	336	336
	de 1 mois à 2 mois	154	114
	de 2 mois à 6 mois	110	85

Regrettables lenteurs qu'épargnerait à la justice une juridiction permanente devant laquelle les prévenus arrêtés seraient duits et qui, procédant immédiatement contre eux, en déclarerait le jour même ou le lendemain l'innocence ou la culpabilité!

C'est ce que demandent pour Paris et les grandes villes ceux qui ont vu à Londres *les Cours de police.*

III. Institution à Paris et dans les grandes villes de chambres correctionnelles, composées d'un seul juge avec un officier du ministère public.

Comme une pareille institution en France ne serait un progrès *qu'à la condition d'adopter les formes sommaires des Cours de police de Londres*, la première chose à faire est de rechercher la pensée dont ces formes sont la réalisation, afin d'apprécier jusqu'à quel point elles peuvent se concilier avec les principes de notre procédure et de notre système judiciaire.

Cette pensée n'est pas autre que celle qui a été posée dès le début de cette étude comme le principe vraiment supérieur de toute organisation judiciaire.

N'employer que le personnel et le temps strictement nécessaires pour la constatation des délits et de la culpabilité, et accélérer d'autant plus le jugement que le délit est d'une importance plus minime.

Le législateur, en Angleterre, a réalisé l'application de cette pensée par les trois moyens qui caractérisent l'institution des Cours de police:

1° *L'unité du juge;*

[1] V. le compte rendu de la justice criminelle pour l'année 1860. Rapport, p. LXXVI.

2° *L'instruction immédiate et publique;*

3° *La réunion des fonctions de la poursuite, de l'instruction et du jugement.*

La France, en ce qui concerne les *délits mineurs et les contraventions correctionnelles*, a été moins bien inspirée en adoptant les moyens contraires :

1° *De la pluralité des juges;*

2° *L'instruction préparatoire et secrète;*

3° *Et de la division des fonctions de la poursuite, de l'instruction et du jugement.*

Il ne sera pas sans utilité de vérifier le véritable caractère de ces moyens, afin de ne s'en exagérer ni la portée ni l'importance.

I. *De la pluralité et de l'unité des juges.* — La pluralité des juges que l'on a quelquefois considérée comme un *principe* n'est simplement qu'un *moyen*, une garantie d'impartialité et de justice.

Mais il ne faut rien pousser à l'extrême, l'exagération ou l'application sans discernement des meilleurs moyens peuvent les rendre détestables.

De 1791 à l'an VIII, — et par une sorte de réaction contre les juridictions anciennes, où le même magistrat était *examinateur enquesteur* en même temps que *juge*[1], — la *pluralité des juges* fut regardée comme une condition de lumière et d'indépendance. Cette pensée domina sans restriction toutes les institutions judiciaires de cette époque; elles furent toutes composées de plusieurs membres, même les tribunaux de simple police. — C'était un excès.

L'expérience apporta une restriction à la trop grande généralité de cette opinion, en démontrant :

1° *Que la pluralité des juges* n'était pas plus un *principe* qu'une *nécessité*, mais seulement *une garantie* qu'il ne fallait pas étendre au delà de ce qu'exigent l'examen et l'appréciation des faits; — que là par conséquent où le simple bon sens suffit, un seul juge peut suffire : — la pluralité des juges fut donc réservée pour les juridictions chargées des jugements des crimes et des délits;

2° *Que l'unité du juge* loin d'être incompatible avec notre sys-

[1] Le lieutenant criminel.

tème judiciaire était au contraire un excellent moyen d'accélérer l'expédition des affaires qui demandent célérité ; — les juges de paix furent en conséquence débarrassés de leurs assesseurs et chargés de *juger seuls* les contraventions de simple police.

La législation de l'empire consacra ces précieuses données. serait-ce en compromettre aujourd'hui l'autorité que de provoquer les développements qu'elles comportent? L'unité du juge ne pourrait-elle supporter une compétence plus étendue que celle du juge de paix?

La réponse est ici facile : si cette extension de compétence devait comprendre des méfaits graves, compliqués, pour l'appréciation desquels une intelligence isolée ne serait pas suffisante, on pourrait douter; — mais il ne s'agit, ainsi que cela a été dit, que de délits dont la pénalité n'exige le plus souvent que la constatation d'un fait matériel, de faits avérés et avoués, d'infractions ne différant des contraventions de simple police que par le taux des peines ; la juridiction ne sera pas différente, le centre en sera déplacé, le rayon restera le même [1].

II. *De l'instruction préalable et secrète.* — Il est un point par lequel la législation anglaise diffère particulièrement de la nôtre, en ce qui concerne la poursuite des délits : — c'est l'absence de toute *information préparatoire et secrète.*

Ce vestige de notre ancienne *procédure inquisitoriale* n'est, en Angleterre, qu'une exception [2]. — Il ne pouvait en être autrement avec le principe de la *vindicte* privée, qui est dans ce pays le fondement de la théorie répressive. — Dans le duel judiciaire, le magistrat est moins le champion de l'ordre public et de l'autorité que le juge du camp ; — s'il agit, c'est sur la plainte de la partie lésée ou sur les réquisitions du défendeur; ce qu'il poursuit, c'est la vérité sans doute, mais c'est particu-

[1] En fait, la prépondérance dans un tribunal de trois juges appartient au président qui, *seul*, connaît l'instruction écrite, ou au juge d'instruction qui peut juger comme juge d'audience. — Il en sera de même du juge présidant seul les chambres dont il s'agit ; il formera sa conviction sur une information publique, contrôlée par la présence du prévenu et du ministère public.

[2] Les magistrats anglais, remarque à ce sujet M. de Lagrevol, après Rey, s'efforcent de supprimer dans l'instruction préparatoire le concours *des attorneys* (avoués) et *la publicité*. — V. Rey, *Des institutions judiciaires de l'Angleterre*. Paris, 1826, tome II, p. 334 à 336.

lièrement en vue de la satisfaction à donner à la victime du délit. — Il eût été en conséquence contradictoire et en opposition avec les mœurs publiques, de ne pas tenir constamment la balance égale entre les deux adversaires, et de faire au prévenu une condition pire en lui refusant d'assister à tous les actes de l'information et d'en discuter les résultats au moment même où ils se produisent.

La publicité de l'instruction est donc restée une règle absolue de droit constitutionnel à toutes les phases de la procédure en Angleterre.

En France, où la justice n'a et ne doit avoir d'autres préoccupations que la découverte de la vérité, et la punition du vrai coupable en vue de rassurer l'ordre et les intérêts généraux alarmés par son délit, le secret de l'instruction préparatoire était une condition de son succès, une nécessité même de son but : — le seul moyen efficace de déjouer les intrigues et les démarches des complices ou des parents.

Mais s'il faut en reconnaître ainsi l'utilité lorsqu'il s'agit de crimes et de délits graves, il n'y a pas à se faire illusion sur ses inconvénients et ses abus lorsqu'il s'agit de faits peu importants, constatés, avérés et avoués.

A quoi bon instruire, — lorsque tout est connu, et que le coupable avoue?

A quoi bon une instruction secrète, lorsqu'il n'y a plus rien de caché, et que tout est découvert?

Il semble donc possible, sans porter atteinte à l'économie du système judiciaire, et sans renoncer aux avantages de l'instruction secrète, d'en restreindre l'application dans les limites de son utilité réelle en cessant d'y soumettre les faits patents, avérés et constatés, c'est-à-dire *les flagrants délits légers.*

III. *Réunion et division des fonctions de la poursuite, de l'instruction et du jugement.* — Dans toute organisation un rouage de trop est un inconvénient aussi grand que l'absence d'un rouage nécessaire.

Quelles sont, en matière de poursuites, les fonctions vraiment nécessaires? — C'est la première question à poser ici.

L'analyse et l'observation ont depuis longtemps distingué trois catégories de fonctions indispensables à l'action judiciaire :

1° *Rechercher les délits et leurs auteurs,* rassembler les

preuves et les livrer à l'autorité chargée de le punir. — Opérations préliminaires qui constituent l'instruction; — elles font l'objet des fonctions des *juges d'instruction;*

2° *Peser les preuves et décider;* — opérations du *jugement,* fonctions du *juge;*

3° *Mettre en mouvement* les agens de l'instruction, en d'autres termes, exercer l'*action publique,* provoquer la *poursuite* et l'*instruction;* — opérations ou fonctions du *ministère public.*

Trois groupes distincts d'opérations : trois fonctions distinctes.

Cette division des fonctions, que notre législation a acceptée, si elle a cet avantage de produire des effets plus puissants et plus sûrs, a d'autre part le désavantage d'exiger une plus grande dépense de temps [1]. Elle est une garantie dans l'instruction des affaires graves où la précipitation serait un danger, mais ne pourrait-on y renoncer lorsqu'il s'agit de délits légers qui n'ont rien à redouter d'une procédure plus rapide? Cette *division* est-elle à ce point commandée par la force des choses, que la *réunion* fût toujours impossible? C'est en d'autres termes demander s'il existe entre elles des incompatibilités radicales ou seulement de simple convenance et de plus grande garantie?

Question considérable, sur laquelle les précédents législatifs et la science juridique ont consacré les résultats suivants :

Entre les fonctions de la poursuite et de l'instruction, incompatibilité radicale; on ne saurait être à la fois juge et partie. — L'exercice de l'action publique exige, dans notre organisation, d'ailleurs une fonction spéciale et indépendante de toute autre. — On pourrait toutefois réduire les retards qu'entraînerait son intervention à des communications directes et à des réquisitions verbales, en le faisant assister l'instruction [2].

Entre les fonctions de l'instruction et du jugement, il n'y a à vrai dire aucune incompatibilité réelle; — s'il était en effet toujours possible que ce fût le même magistrat qui recueillît

[1] V. Ortolan, *Éléments de droit pénal.*

[2] Voici comment nous comprendrions alors son intervention : — Lorsqu'un individu arrêté en flagrant délit serait conduit à la barre du juge unique, le fait même de l'arrestation, suivi des réquisitions verbales du ministère public tendant à l'instruction publique du délit, serait, dans la juridiction que nous proposons, le mode légal de saisir le juge. Les réquisitions verbales du ministère public tiendraient alors lieu de *réquisitoire introductif pour l'information* et de *citation pour le jugement.*

les preuves, visitât les lieux, entendît les témoins et jugeât, la justice y gagnerait en célérité et en lumières; mais il n'est pas souvent possible qu'il en soit ainsi. A cette impossibilité se joint, il est vrai, la convenance de donner aux prévenus un juge nouveau, dégagé de toute prévention. Mais pour les délits, c'est le premier motif plutôt que le second qui a déterminé le législateur à diviser ces deux fonctions. Il y a d'ailleurs si peu d'incompatibilité entre elles qu'elles ont été réunies toutes les fois que cette réunion était simplement possible ou utile.

Sans parler, en effet, du droit du juge instructeur de siéger à l'audience correctionnelle, ni de l'instruction à l'audience sur citation directe et du pouvoir discrétionnaire d'instruction, donné par les articles 268 et 269 aux présidents des Cours d'assises, non plus que du pouvoir conféré, depuis les modifications du Code d'instruction criminelle, au juge d'instruction de statuer *seul* sur les résultats de *ses* opérations, n'est-il pas des cas où la loi donne aux magistrats, soit isolés, soit réunis, le droit de poursuivre, d'instruire et de juger? — les articles 181, 507 du Code d'instruction criminelle ne laissent à cet égard aucune espèce de doute.

Art. 181. « S'il se commet, porte cet article, un délit cor-« rectionnel dans l'enceinte et pendant la durée des audiences, « le président dressera procès-verbal du fait, *entendra le pré-« venu et les témoins, et le tribunal appliquera les peines de la « loi sans désemparer*, » et cela sans attendre les renseignements du casier judiciaire, sans se préoccuper de savoir si le prévenu est ou non en état de récidive; car la rapidité de la condamnation importe plus que la connaissance des circonstances qui pourraient en élever la sévérité.

Art. 504 et 505. — « Lorsqu'à l'audience ou dans un lieu « où se fait publiquement une instruction judiciaire, il se pro-« duit un tumulte accompagné de voies de fait ou d'injures « donnant lieu à l'application de peines correctionnelles ou de « police, ces peines pourront être, *séance tenante, immédiate-« ment appliquées après que les faits auront été constatés.* »

Art. 507. — « A l'égard de voies de fait qui auraient dégénéré « en crimes, ou de tous autres crimes *flagrants* commis à l'au-« dience d'une Cour, *la Cour procédera au jugement de suite et « sans désemparer.* »

« *Elle entendra les témoins,* le *délinquant ou son conseil,* et

« après avoir constaté les faits et ouï le procureur général ou « son substitut, le tout publiquement, — *elle appliquera la « peine,* » — toujours sans rechercher dans le casier judiciaire les antécédents du prévenu.

Dans tous ces cas le juge, agissant comme le magistrat des Cours de police à Londres, se saisit lui-même et procède d'office en réunissant les attributions *du ministère public, de l'instruction et du jugement.* — Cette dérogation au principe de la division ne peut-elle être invoquée comme un précédent et en justifier un autre; le tout serait d'en établir la nécessité : ce qui précède la démontre : — quoi, la nécessité de venger sans retard la majesté du tribunal outragée ou de profiter de la présence du juge pour la constatation des délits dont il est témoin a paru suffisante pour autoriser cette extension de leurs attributions : et l'on ne ne trouverait pas suffisante pour motiver une semblable dérogation la nécessité d'abréger les détentions préventives, de rapprocher des délits une décision dont la célérité ajoutera à l'exemplarité, et de débarrasser les tribunaux correctionnels d'affaires insignifiantes qui absorbent leur temps et ne leur permettent pas de donner aux plus importantes toute l'attention qu'elles méritent? Les droits de la liberté individuelle et les avantages d'une bonne et prompte justice importent-ils moins que la nécessité de faire respecter le juge outragé sur son siége? le devoir de celui-ci de venger son injure est-il plus pressant que le droit de tout inculpé, d'être jugé lorsque l'instruction est terminée?

Qui oserait le soutenir?

Mais, objectera-t-on, une aussi prompte justice risquerait de n'être pas une bonne justice : la célérité de la procédure sommaire du juge anglais ne permettant pas toujours de se procurer les renseignements relatifs aux antécédents du prévenu, — le juge ne pourra proportionner la peine au degré de perversité du délinquant.

On oppose aux avantages d'une poursuite rapide les dangers d'une insuffisante répression. — La réponse est ici facile : — ils ne sont pas à redouter, car la possibilité de l'indulgence sera largement compensée par la sévérité répressive qu'entraînera le *flagrant délit*[1]. La vivacité des plaintes et du témoi-

[1] Cette crainte que la condamnation ne soit pas assez sévère est d'ailleurs plus affectée que réelle. D'abord le plus grand nombre des prévenus de dé-

gnage produira en effet sur le juge une impression bien autrement puissante que l'état de récidive du coupable: et sous le rapport de l'exemplarité, la condamnation gagnera plus d'ailleurs à être rapprochée du délit qu'à attendre les éléments d'une plus grande rigueur.

Si l'objection est calculée pour faire écarter les modifications que l'on réclame; il faut alors prendre la réponse de plus haut :

Les questions d'innovation législative se décident par la prépondérance des avantages sur leurs inconvénients, il n'y a donc qu'à les mettre en balance et voir lequel doit l'emporter, de l'inconvénient qui résulte pour la répression de l'ignorance des antécédents des prévenus, ou des bienfaits d'une procédure qui, en les négligeant, préviendra les détentions préventives imméritées, et dégagera les tribunaux correctionnels surchargés, en réalisant une économie considérable.

C'est toujours là qu'il faut en venir; et sur ce point notre proposition triomphe de haute lutte.

Mais c'est assez insister, il faut conclure.

L'institution à Paris, et dans les principales villes de l'empire, de juridictions correctionnelles de quartiers, tenues par un juge seul assisté d'un officier du ministère public pour procéder à l'instruction et au jugement sommaires des flagrants délits légers et des contraventions correctionnelles[1]

lits proprement dits ne sont pas récidivistes. Pour les délits-contraventions la répétition n'est pas toujours une cause morale d'aggravation. Les tribunaux correctionnels *n'aggravent pas toujours* la peine à raison de la répétition des délits ou même de la récidive légale. Trop souvent le casier judiciaire créé en 1850 ne leur est d'aucune utilité effective; et le même individu est condamné par eux sept, neuf et onze fois dans une année. C'est tout dire! si les peines de la récidive ne sont pas appliquées, le mal n'est pas grand. C'était avant le casier un cas fréquent. Enfin, s'il y a doute grave sur les antécédents, le juge se dessaisira, et en cas d'erreur constatée le ministère public remédiera à tout par un appel. L'inconvénient, s'il existe, tourne au profit de l'inculpé.

[1] Le juge-président de ces chambres réunirait en ses mains les attributions des juges d'instruction et des juges de jugements avec le pouvoir discrétionnaire des présidents des Cours d'assises en ce qui concerne la direction des débats et les mesures à prescrire pour la découverte de la vérité; — leurs audiences seraient publiques; ils pourraient juger après avoir fait l'instruction. — Telle que nous la comprenons, la juridiction à établir

Abrégerait la durée de la détention préventive,
La supprimerait le plus souvent[1],
Diminuerait les frais de justice criminelle,
Dégagerait les chambres correctionnelles surchargées,
Présenterait plus d'avantages que d'inconvénients
Et se concilierait sans efforts avec les principes et les règles des juridictions à côté desquelles elles auraient à fonctionner.

Telle est la proposition que notre dessein était de justifier en commençant cette étude ; — au législateur seul appartient de se prononcer sur les moyens d'exécution. G. ROUSSET.

DE L'USEMENT DE ROHAN OU DU DOMAINE CONGÉABLE.

Par M. Théodore DEROME, docteur en droit, procureur impérial à Quimper.

PREMIER ARTICLE.

Notions préliminaires.

L'assemblée générale des états de Bretagne avait décidé, le 4 août 1532, que le duché serait irrévocablement et à perpétuité uni à la couronne de France. Malgré cette solennelle annexion, les Bretons se considérèrent pendant de longues années encore comme indépendants.

Deux siècles plus tard, en 1748, Poullain-Duparc écrivait que le bannissement hors de la Bretagne opérait le même effet que le bannissement hors du royaume, c'est-à-dire la mort civile du condamné, et il en donnait cette raison que la Bretagne devait être regardée comme une *province étrangère*. Le censeur royal s'alarma d'une doctrine si manifestement opposée

serait une espèce de chambre de référé correctionnel, où le juge procéderait comme les juges d'instruction des petits parquets, avec cette différence qu'ils procéderaient publiquement et pourraient juger, séance tenante, après l'instruction terminée, renvoyer ou se dessaisir, s'il y a lieu, avec faculté de mettre en liberté avec ou sans caution.

[1] Notamment pour les délinquants arrêtés en flagrant délit, conduits à la barre du tribunal, ils pourraient y être immédiatement interrogés et jugés.

à l'unité de la monarchie française : le jurisconsulte breton dut faire amende honorable en modifiant le passage critiqué, et se justifier en assurant qu'il n'avait fait qu'attester un usage existant, sans vouloir en apprécier le mérite. A l'appui de sa déclaration, il joignit un certificat signé de douze anciens avocats au parlement de Bretagne. « C'est une opinion qui n'est pas « entièrement effacée dans l'esprit des Bretons, disait à ce « sujet d'Aguesseau, que leur pays est une espèce de royaume « à part, qui a ses lois et ses mœurs distinguées de celles du « reste de la France. » Et l'illustre chancelier ajoutait : « Si « telle a été, comme on peut le présumer, l'origine de la maxime « que l'on suit en Bretagne, c'est une raison de plus pour l'a- « bolir entièrement [1]. »

La coutume de Bretagne réfléchissait les mœurs particulières de cette province, où la féodalité semblait incrustée dans un sol de granit. On sait que, suivant Hévin, la *Très-ancienne coutume* de Bretagne remonte à l'année 1330; qu'elle fit place à l'*Ancienne coutume*, publiée à Nantes, dans l'assemblée des états de la province, au mois d'octobre 1539; que la *Nouvelle coutume* fut ratifiée et promulguée en 1580. Elle trouva jadis d'illustres commentateurs, qui furent en même temps d'intrépides champions de la féodalité, dans les d'Argentré, les Hévin, les Poullain-Duparc. De nos jours, les savantes études des maîtres de la science, de MM. Laferrière et Giraud surtout, en ont fait ressortir la physionomie si originalement accentuée.

A l'ombre de la coutume générale, qui formait comme le Code de la Bretagne, se développaient, dans certaines parties de la province, des usements ou usances qui sont autant de types singuliers du système féodal, et qui nous placent face à face avec le domaine congéable. Si nous en croyons Baudouin [1], près de 400,000 citoyens vivaient dans la basse Bretagne sous l'empire des usements convenanciers, et quelques-uns pensent qu'on peut sans exagération doubler ce chiffre : opinion très-vraisemblable, quand on considère que le chiffre de la population des trois départements des Côtes-du-Nord, du Finistère et

[1] D'Aguesseau, *Lettres des 23 septembre et 12 octobre 1748*; édition Pardessus, tome XI, pages 653-657.

[1] Baudouin, *Institutions convenancières*, préface.

du Morbihan, berceau du domaine congéable, s'élève aujourd'hui à 1,702,000 habitants[1].

En quoi consistaient ces usements? quel en était le fond commun? Le bail à domaine congéable ou titre de convenant[2] peut être défini un contrat synallagmatique, par lequel le propriétaire d'un héritage, en retenant la propriété du fonds, transportait et aliénait les édifices et superfices moyennant une certaine redevance, avec faculté perpétuelle de congédier le preneur, à la charge seulement de lui rembourser les édifices et superfices suivant leur valeur à l'époque du congément[3]. Dans ce contrat, observe Hévin[4], *tria sunt substantialia* : savoir, d'un côté, rétention d'une espèce de seigneurie foncière ou directe, pour raison de quoi le bailleur était appelé seigneur foncier; d'autre côté, l'acquisition des édifices et superfices avec la faculté de jouir du fonds en payant une redevance annuelle, *annuum canonem*, à raison de quoi le premier était appelé domanier superficiaire ou colon; et enfin la faculté qu'avait le seigneur foncier d'expulser le colon, nonobstant quelque longue suite d'années que ce fût, en le remboursant de ses édifices et superfices à dire d'experts. C'est cette dernière condition propre et spéciale à ce contrat qui lui a donné le nom de domaine congéable, *dominium migratorium*.

CHAPITRE Ier.

DE L'ORIGINE DU DOMAINE CONGÉABLE.

Roch le Bailli, médecin de Henri IV, fait remonter aux Troyens l'institution du domaine congéable, *de laquelle autrement ne sait-on l'origine*[5]. On me permettra de ne pas discuter

[1] Les tableaux du recensement du 20 décembre 1856 attribuent 621,573 habitants aux Côtes-du-Nord, 606,552 au Finistère, 473,932 au Morbihan.

[2] Baudouin, t. I, p. 1 à 18, fait la remarque suivante : « Le Dictionnaire de Trévoux, au mot *Convenance*, porte : Vieux mot, faire paction, demeurer d'accord par stipulation; terme fait de l'anglais et fréquent dans leurs auteurs. De là sans doute le mot de *convenant*, et l'usage d'appeler le domanier colon à titre de *convenant franch.* » — J'ajoute que Loysel disait dans le même sens : *convenance vaine loi*.

[3] Baudouin, t. I, p. 46.

[4] Hevin, consult. 104.

[5] Roch le Bailli, *Petit traité et sing. de la Bretagne armoricaine*, p. 18.

une conjecture qui va de pair avec l'histoire de Francus, fils d'Hector, et premier roi de France.

Je n'examinerai pas davantage si cette institution existait du *temps que Jules-César était dans ce pays*, comme le prétend Dufail [1], en s'appuyant sur cet unique argument qu'à cette époque les différentes peuplades de la Gaule différaient entre elles de langage, de lois, d'institutions : *Gallia est omnis divisa in partes tres, quarum unam incolunt Belgæ, aliam Aquitani, tertiam qui ipsorum linguâ Celtæ, nostrâ Galli appellantur. Hi omnes linguâ, institutis, legibus inter se differunt* [2]. Avec de tels raisonnements, devant quelles barrières s'arrêterait l'audace des systèmes?

Mais on me persuadera difficilement que la législation romaine n'a exercé aucune influence sur la formation du domaine congéable; je ne puis croire que cette institution soit tellement propre à la Bretagne que le type primordial ne s'en retrouve nulle part ailleurs. De telles théories peuvent convenir à l'humeur altière et à la fière indépendance des jurisconsultes bretons, fidèles interprètes des coutumes d'une province qui prétend être, dans la plus haute acception du mot, fille de ses œuvres, qui veut devoir à elle-même tout ce qu'elle est, rien à autrui. Mais on a beau faire, telle n'est pas la marche des choses humaines; les institutions ne sont pas créées comme d'un seul jet; elles se forment lentement, découlent les unes des autres, souvent identiques dans leur principe générateur, toujours variées à l'infini dans les formes que leur imposent chaque temps et chaque lieu, chaque siècle et chaque pays. Bien que les commentateurs des usements convenanciers repoussent formellement, pour la plupart, l'opinion que j'ose émettre, ou qu'implicitement ils la condamnent par un dédaigneux silence [3], je ne persiste pas moins à penser que le do-

[1] Dufail, liv. I, cap. 355.

[2] *Cæsaris Comment. de Bello Gallico*, lib. I, cap. 1.

[3] Girard, *Usements ruraux de basse Bretagne*, rattache, comme moi, le domaine congéable aux principes romains. Cet auteur fait découler le droit du domanier sur les édifices et superfices de divers textes du Digeste et du Code, aux titres *Locati-conducti*, *De superficiebus*, *De pignoribus et hypothecis*, notamment de la loi 3, ff., *Locati-conducti* : *Quum fundus locetur, et æstimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait, id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus, sicuti fieret, quum quid æstimatum in dotem daretur.* — V. aussi loi 55, § 1, au même titre.

maine congéable de la Bretagne n'est autre chose qu'une dégénérescence de l'emphytéose romain; il m'est impossible de n'y pas reconnaître l'élément romain modifié, transformé, dénaturé par l'élément celtique et par l'élément féodal.

Pas plus que les autres contrées de la Gaule, la Bretagne n'avait échappé à la domination romaine. Lorsque, sous la conduite de César, les aigles romaines se déployèrent dans les champs de la vieille Armorique, elles eurent à triompher de cette mâle et vigoureuse résistance qu'inspirent aux peuples les tressaillements instinctifs et les vives impulsions du sentiment national attaqué dans ce qu'il a de plus cher, l'amour de l'indépendance. L'énergie et la bravoure d'un pays qui combattait pour ses foyers, *pro aris et focis*, étonnèrent la discipline romaine et le génie de César. Mais comme il est dans les plans de la Providence que les peuples civilisés, quand ils sont dans l'âge viril, apportent la lumière à ceux qui sont plongés dans les ténèbres de la barbarie, les Armoricains devaient succomber.

A la première attaque, ils s'étaient soumis. Bientôt, revenant sur cette pacifique détermination, ils formèrent une ligue puissante, arrêtèrent dans toutes les cités les ambassadeurs romains[1], et firent appel aux armes : *Celeriter missis legatis, per suos principes inter se conjurant, nihil nisi communi concilio acturos, eumdemque omnis fortunæ exitum esse laturos, reliquasque civitates sollicitant, ut in ea libertate, quam à majoribus acceperant permanere, quam Romanorum servitutem perferre, mallent*[2]. La cité des Venètes, Vannes, fut le théâtre du dernier combat qu'ils livrèrent aux Romains, combat fatal à leur indépendance, dans lequel leurs navires, au nombre de deux cents, furent anéantis, sous les yeux de César, par la flotte de Brutus : *Quo prælio, bellum Venetorum totiusque oræ maritimæ confectum est; nam omnis juventus, omnes etiam gravioris ætatis, in quibus aliquid consilii aut dignitatis fuit, eo convenerant..... Itaque, se suaque omnia Cæsari dediderant : in quos*

[1] « La coutume des Romains étant de parler toujours en maîtres, dit Montesquieu, les ambassadeurs qu'ils envoyaient chez les peuples qui n'avaient point encore senti leur puissance, étaient sûrement maltraités; ce qui était un prétexte sûr pour faire une nouvelle guerre. (*Grandeur et décadence des Romains*, chap. 6.)

[2] *Cæsaris Comment. de Bello Gallico*, lib. III, cap. 8.

eò gravius Cæsar vindicandum statuit, quò diligentius in reliquum tempus à barbaris jus legatorum conservaretur. Itaque omni senatu necato, reliquos sub coronâ vendidit [1].

C'est ainsi que, cinquante-six ans avant Jésus-Christ, l'Armorique tomba sous le joug romain, pour ne s'en affranchir que cinq siècles plus tard, en l'année 409 de Jésus-Christ [2]. En 416, Exsuperantius, préfet des Gaules, tenta de la faire rentrer dans la dépendance de l'empire, mais ses efforts échouèrent; il ne put obtenir qu'un traité d'alliance avec ce peuple qui, après avoir secoué les chaînes de la servitude, allait bientôt vivre d'une vie nouvelle au sein d'une société qui devait se renouveler jusque dans ses fondements.

Que s'est-il passé dans cet espace de quatre cent cinquante années d'occupation? J'accorderai que la civilisation romaine a jeté dans le sol breton des racines moins profondes que dans les autres parties de la Gaule; que l'Armorique a pu, mieux que d'autres, défendre ses mœurs séculaires et conserver jusqu'à sa langue traditionnelle; que, mieux que d'autres, elle a été protégée par l'éloignement, par la mer, par la rigueur du climat, par la stérilité du sol, par d'inaccessibles retraites; qu'elle a été, en un mot, le dernier refûge de cette race celtique qui avait porté en Europe et en Asie la terreur du nom gaulois. Mais un grand fait est acquis à l'histoire : c'est que l'occupation romaine se prolongea pendant près de cinq siècles dans ce pays; que, pendant ce temps, l'Armorique fut incorporée à l'empire romain, enclavée dans l'une de ses provinces, la Lyonnaise, sous Auguste, la troisième Lyonnaise, sous Adrien et ses successeurs [3], et qu'à cette même époque, elle renonça au culte sanglant des druides pour se convertir au christianisme [4].

Quoi! lorsque, jusque dans les forêts de la Bretagne, nous retrouvons les statues et les inscriptions qui rappellent l'invasion du polythéisme romain [5]; lorsque nous découvrons, jusque dans ses

[1] *Cæsaris Comment. de Bello Gallico*, lib. III, cap. 16.

[2] Suivant la notice de l'empire, le pays de Léon et de Vannes fut occupé par les troupes romaines jusqu'en 401.

[3] Malte-Brun, *Géographie universelle.*

[4] Déodatus prêcha le christianisme chez les Vénètes au IVe siècle, date de la conversion de l'Armorique.

[5] La Vénus de Quinipily, à Baud, près Napoléonville (Morbihan). Les paysans lui ont donné le nom de *Groa-hoart* ou vieille couarde. (Malte-Brun, *Géographie universelle.*)

landes, ici les débris d'un aqueduc, là les vestiges d'une voie romaine [1], ailleurs les monuments qui témoignent de la puissance du peuple-roi, nous croirons facilement que la domination de ce peuple, législateur autant que guerrier, s'est exercée pendant cinq siècles dans ce pays sans laisser la plus légère marque de son passage dans les lois et les institutions?

Dans l'Armorique, comme ailleurs, deux races se trouvaient en présence : les Romains et les Celtes, les vainqueurs et les vaincus; les vainqueurs apportant leur puissante organisation, leur hiérarchie administrative fondée, développée, perfectionnée par les empereurs, leur système des colonies et des municipes, leur religion, leurs mœurs, leurs usages; les vaincus, dont le sort dépendait du prix qu'ils avaient mis à leur soumission, dont quelques-uns conservèrent leur liberté, leurs droits civils, leurs propriétés, à la seule charge de payer tribut (*vectigal*) aux vainqueurs, tandis que d'autres, pris les armes à la main, furent condamnés à cet état de demi-servitude qu'on réservait aux déditices, ou même furent réduits en esclavage : *Itaque Cæsar, omni senatu necato, reliquos sub coronâ vendidit.*

Après les premières terreurs de la conquête, l'influence bienfaisante de l'œuvre de la pacification se fit sentir; des jours meilleurs commencèrent à luire. Peu à peu la race vaincue reconquit son indépendance; les fers de l'esclavage devinrent moins pesants; les faveurs de l'affranchissement créèrent la classe des colons, possesseurs de la terre dont ils aspiraient à recouvrer la propriété! « Le colonat est venu comme palliatif « de la grande propriété, dit M. Troplong [2], comme intermé- « diaire entre l'esclave qui recule devant le travail et le maître « qui languit devant ses richesses improductives..... Le maître « choisit parmi ses esclaves les plus laborieux et les plus intel- « ligent; il leur donna une existence plus libre et des terres à « cultiver. Mais il les attacha au sol, eux et toute leur famille, « par un lien perpétuel, combiné avec quelques restrictions « d'une pleine liberté. »

Girard, dans ses *Usements ruraux de la basse Bretagne*, se prononce dans le même sens et s'exprime, pour ainsi dire,

[1] On a découvert les traces d'une voie romaine se dirigeant de Brest à Carhaix, et de Carhaix à Nantes, — une autre conduisant de Vannes dans le Maine. (Girard, *Usements de basse Bretagne*, p. 208-209.)

[2] Troplong, *Louage*, préface, p. 60.

dans les mêmes termes : « Dans cette invention du domaine « congéable, soit chez les Romains, soit chez les Bretons, je « crois voir la création d'un troisième genre de propriétés, et « dans elle un remède aux grands maux qui résultent partout « ailleurs des grandes propriétés et de l'esclavage ou de la « misère des cultivateurs [1]. »

Le temps que dura l'occupation de l'Armorique fut précisément celui où le contrat emphytéotique se développait chez les Romains.

Gaïus, qui vivait vers le milieu du IIe siècle de l'ère chrétienne, sous Antonin et sous Marc-Aurèle, nous en montre l'origine dans le bail perpétuel des biens du municipe : *Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio, veluti si qua res in perpetuum locata sit; quod evenit prædiis municipum quæ eâ lege locantur, ut quamdiu id vectigal præstetur, neque ipsi conductori neque heredi ejus prædium auferatur* [2].

Vers la fin du même siècle, Papinien rappelle ce contrat d'une nature particulière : *Quum igitur eâ lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem ejus qui suscepit, pertineret, jus heredum ad legatarium quoque transferri potuit* [3].

Paul s'en explique de la même manière vers le milieu du IIIe siècle : *Vectigales vocantur (agri), qui in perpetuum locantur, id est, hâc lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat* [4].

Dans le même siècle, l'empereur Philippe consacrait le principe de la perpétuité de l'emphytéose : *Fundum vectigalem, si suis quibusque temporibus debitæ quantitates inferantur, invito possessore auferri non posse, manifestum est* [5].

Valérien et Gallien proclament la même règle (IIIe siècle) : *Quamvis incrementum conductioni factæ publici prædii videtur*

[1] Girard, *Usements ruraux*, p. 10.
[2] Gaius, *Comment.*, III, § 145.
[3] Papinien, L. 219, ff., *De verborum significatione*, lib. L, tit. 16.
[4] Paul, L. 1, ff., *Si ager vectigalis*, lib. VI, tit. 3.
[5] L. 1, Code, *De administratione rerum publicarum*, lib. XI, tit. 30.

offerri, non tamen additamenti specie oportet fidem locationis infringi[1].

L'État, les corporations, les propriétaires de vastes terres suivirent à l'envi l'exemple donné par les municipes, et les constitutions impériales se multiplièrent sur ce sujet avec une prodigieuse rapidité pendant les IIIe, IVe et Ve siècles[2]. Aussi Justinien ne fait-il que consacrer un état de choses préexistant, lorsqu'il reconnaît l'emphytéose : *Sed talis contractus quia inter* VETERES *dubitabatur, et à quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam*[3].

Voilà la marche de l'emphytéose pendant les cinq siècles que dura la soumission des Gaules. Dans ce long espace de temps, un jour vint où les Romains, étendant au territoire armoricain le système d'exploitation qu'ils appliquaient partout à la grande propriété, *latifundiis*, y portèrent le contrat emphytéotique, et ce jour fut, au plus tard, celui où, par l'édit du IIIe siècle, tous les habitants des pays conquis furent admis aux droits de citoyens, celui où les lois civiles de Rome devinrent communes à tout l'empire[4].

L'emphytéose a dû être nécessairement importée chez les peuplades celtiques de la basse Bretagne comme dans le reste de l'empire romain, et l'on découvre dans cette institution les premiers linéaments du domaine congéable. Bien que séparés

[1] L. 2, Code, *De vendendis rebus civitatis*, lib. XI, tit. 31. Il s'agit dans cette loi de l'*ager vectigalis*, et non de l'*ager publicus* proprement dit, comme le prouve le titre *De vendendis rebus* civitatis. Cette confusion de l'*ager vectigalis* et de l'*ager publicus* se produisait souvent, ainsi que l'explique Ulpien : *Bona civitatis abusive publica dicta sunt; sola enim ea publica sunt, quæ populi romani sunt.* (L. 15, ff., *De verborum significatione.*)

[2] L. 11, § 1, ff., *De publicanis et vectigalibus*, lib. XXXIX, tit. 4 (IIIe siècle); — L. 1, Code, *De administratione rerum publicarum* (Philippe, empereur, IIIe siècle); — L. 5, Code, *De locatione prædiorum civilium*, lib. XI, tit. 70 (Théodose et Valentinien, fin du IVe siècle); — L. 2 et 3, Code, *eodem titulo* (Arcadius et Honorius, commencement du Ve siècle).

[3] Institutes de Justinien, lib. III, tit. 24, § 3, *De locatione et conductione.*

[4] V. Laferrière, *Histoire du droit français*, t. I, p. 38-39, sur l'édit du IIIe siècle.

par des nuances tranchées, ces deux contrats ne sont autre chose que de simples variétés d'un même genre. Leur base est la même : c'est le bail à long terme, modifié tour à tour par les conditions qui affectent la propriété et par l'état de ceux qui la cultivent; leur but est identique : c'est la mise en produit des terres, et de celles-là surtout qui réclament les grands travaux du défrichement; enfin ils offrent l'un et l'autre l'avantage, pour le bailleur, de se prêter à la constitution aristocratique de la propriété, — pour le preneur, de l'attacher à la terre en récompensant suffisamment ses efforts et en le préparant ainsi à une honnête existence.

Aussi voyons-nous le jurisconsulte romain et le commentateur des coutumes tenir le même langage : *Adeo autem emptio et venditio,* dit Gaïus, *et locatio et familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio, veluti si qua res in perpetuum locata sit..... Sed magis placuit locationem conductionemque esse* [1]. — Le contrat qui a pour objet le domaine congéable n'est à proprement parler, selon les jurisconsultes bretons, « ni vendition, ni location, conduction, ni « emphytéose, superficie, ni censive [2]; » il tient quelque chose de tous ces contrats, mais il diffère de tous, et l'usage, levant les doutes de la science, lui a donné le nom de *bail* à domaine congéable ou *bail* à convenant. Ainsi, dans la classification des contrats, l'emphytéose et le domaine congéable se placent entre la vente et le louage, se rapprochant davantage de ce dernier. C'est dire qu'ils ont des points de contact essentiels, qu'ils appartiennent à la même famille, et que si on les trouve tous les deux, l'un à la suite de l'autre, implantés sur le même sol, on peut hardiment en inférer que le second est une dérivation du premier.

C'est ainsi que se dégage l'élément romain : exploitation des grandes propriétés, défrichement des terres incultes, et, pour atteindre ce but, baux à longs termes, indéfinis ou même perpétuels. Ne nous arrêtons pas devant cette objection que la durée des baux convenanciers était limitée, qu'elle était bornée

[1] Gaïus, *Comment.*, lib. III, § 145.

[2] D'Argentré, sur l'article 299 de la coutume de Bretagne, f° 1308. — Hévin, consult. 104, p. 478.

à six années en Rohan [1], à neuf années en Brouerec, Cornouaille et Tréguier [2]. Ces restrictions à la perpétuité du bail n'ont dû se produire que dans les temps postérieurs, sous l'influence féodale, pour multiplier les droits de commission que le seigneur prélevait à chaque renouvellement de baillée. Dans l'origine, le bail convenancier devait être consenti pour un très-long terme, s'il n'était perpétuel; car les baux de courte durée ne se concilient ni avec le grand but de l'exploitation et du défrichement, ni avec le droit de congédier réservé au seigneur, ni avec la faculté de vendre la tenue concédée au vassal ou domanier, ni avec le système de succession et de déshérence tel qu'il était particulièrement organisé dans l'usement de Rohan. Ce n'est pas là une simple conjecture : car, d'une part, il est bien positif que, dans le fait, les baux étaient renouvelés avec une constante régularité, et que les tenues se transmettaient dans les familles des domaniers de génération en génération; et, d'autre part, Rosmar, le plus ancien interprète de l'usement de Tréguier, déclare que « les baux sont *sans limitation de « temps* dans cet usement, sauf le droit du propriétaire de con« gédier son vassal et convenancier, toutes fois et quantes, le « remboursant. » D'Argentré semble aussi faire allusion à ces baux indéfinis : *Nostri prædia vocant, quæ domini solent colonis tribuere sub certâ annuâ pensione colenda in tempus, quod alibi novennii est ex agrariis locorum legibus, alibi* LONGIORIS [3]. Tenons pour certain que, dans le principe, le domaine congéable était, comme l'emphytéose, un bail perpétuel ou du moins un bail à très-long terme [4].

[1] *Usement de Rohan*, art. 10. — Le Guével, *Commentaire sur l'usement*, p. 103.

[2] *Usement de Cornouaille*, art. 3, 4, 17. — D'Argentré, *Traité des lods et ventes*, § 40, sur l'article 299 de la coutume de Bretagne. — Duparc-Poullain, t. III, p. 29, et t. VI, p. 53. — Perchambault, *Cout.*, *De l'usufruit*, tit. 20, § 2. — Belordeau, *Obs. for.*, liv. IV, partie IV, art. 12. — Gatechair, *Mémoire sur Brouërec.*

[3] D'Argentré, *loco citato*. Le même dit ailleurs (*De laudimiis*, § 40) que les baux de dix-huit ans et plus doivent être considérés comme perpétuels : *pro perpetuis haberi debent.*

[4] Hévin, *Questions féodales*, p. 175; — Perchambault, *Cout.*, art. 541; — Gatechair, Sauvageau sur Dufail, livre Ier, p. 472 et 484; — Baudouin, *Institutions convenancières*, t. I, p. 1 à 18; — Girard, *Usements ruraux de basse Bretagne*, t. I, p. 1 à 10, attribuent unanimement l'institution des convenants à la quantité de terres incultes qui existaient dans la province,

Après la chute de l'empire romain, les cités armoricaines furent soumises à des chefs qui prenaient le titre de comtes, de ducs ou de rois. Si cette époque de notre histoire fut malheureuse comme toutes les époques de brusque transition, les conditions de la propriété ne se modifièrent pas cependant d'un seul coup. Les institutions économiques, que cinq siècles d'occupation romaine avaient fondées sur le sol breton, ne s'évanouirent pas subitement; elles continuèrent à s'y maintenir, à y vivre, ou, si l'on veut, à y végéter; mais elles y persistèrent enfin, en se modifiant peu à peu, en se pliant aux exigences de la féodalité, qui, à mesure qu'elle se constituait, qu'elle se développait, qu'elle grandissait, les marquait à un plus haut degré de sa vigoureuse empreinte. Ce fut là encore l'œuvre de plusieurs siècles; car ce n'est que du Xe au XIIe que fut consommée la grande révolution du régime féodal. C'est l'époque où son triomphe fut complet, son établissement définitif. Le bail à long terme se perpétua. « La féodalité, dit avec sa haute raison « M. Troplong, considérée dans ses rapports avec la classe des « cultivateurs, n'a été autre chose qu'un vaste bail à ferme « perpétuelle ou à colonage héréditaire [1]. »

Nous voyons alors le principe déposé par l'emphytéose sur le sol de la France se reproduire et se modifier de mille manières, conservant son nom et son empire dans certaines parties de notre pays, se voilant sous le nom et les règles spéciales de la locatairie perpétuelle dans le Languedoc, la Provence, les pays de droit écrit, — sous le nom d'albergement dans le Dauphiné, — voire sous celui de colonage à métairie perpétuelle dans la Marche et le Limousin, de champart et de complant dans l'Anjou, le Maine, la Saintonge, la Rochelle, le Poitou, le Nivernais, — à peine reconnaissable dans les baux à fief, les baux à cens, les baux à rente perpétuelle. De la même manière se développait le domaine congéable dans le pays breton. Si l'on y regarde de près, il y a certainement de frappantes dissemblances entre ces diverses tenures; mais, au fond, elles ont la même origine, elles convergent au même but, et il a fallu que les légistes vinssent pour en distinguer les nuances, pour

et aux concessions faites par les seigneurs aux paysans pour les défricher. — V. dans le même sens Minier, *Précis historique du droit français*, p. 95.

[1] Troplong, *Louage*, préface, p. 72.

donner à chaque contrat son véritable nom, pour classer dans la science juridique les multiples créations du génie féodal.

S'il fallait une preuve de plus pour démontrer que le domaine congéable n'est pas un contrat sans antécédents, je citerais la convention que signale Terrasson [1], et qui fut passée en Provence près de Fayeance, l'an 540 : le bailleur vendait au preneur les édifices et superfices, et lui concédait pour vingt-cinq ans la jouissance du fonds. N'est-ce pas le domaine congéable ? Et comment expliquer l'apparition accidentelle de ce contrat à une si grande distance de la basse Bretagne et à une telle époque, si ce n'est comme une conséquence qu'un même principe produisait à la fois, pour mettre les terres *en gagnage* [2], sur deux points différents de notre pays.

S'il est difficile, s'il est impossible même de déterminer d'une manière précise l'élément celtique dans l'économie du domaine congéable, parce qu'il s'est confondu avec l'élément romain d'abord, parce qu'il a été ensuite dominé et absorbé par l'élément féodal, on ne saurait le méconnaître cependant ; car ce serait méconnaître l'influence nécessaire qu'exercent sur les transactions civiles, dans chaque pays, les usages, les mœurs, le caractère, les conditions mêmes de la propriété et la nature du sol. Je crois pouvoir attribuer à cet élément les extensions primitives de l'emphytéose, les larges concessions faites au colon par des propriétaires qui, en donnant à défricher d'immenses terres incultes, n'avaient d'autre intérêt que de se réserver la reconnaissance de leur titre, *recognitionem dominii.* — Ce n'est pas tout : il faut rechercher dans le domaine congéable, non-seulement ce qui s'y trouve, mais encore ce qui ne s'y trouve pas. Le but du propriétaire foncier n'était pas de s'attacher par des bénéfices gratuits une milice fidèle, mais de former, suivant l'expression de Gatechair, un simple contrat de *ménagement et labourage.* Dispensés du serment de fidélité, que les Romains et après eux les Francs exigeaient des soldats gratifiés de terres *létiques* [3], les colons armoricains ne furent

[1] Terrasson, *Histoire de la jurisprudence romaine*, p. 71. — Girard, *Usements ruraux*, p. 1 à 10.

[2] Loysel, *Rentes*, liv. IV, § 1.

[3] L'abbé Desfontaines, dans son *Histoire des ducs de Bretagne*, t. I, p. 22, dit que les Bretons insulaires qui vinrent dans l'Armorique, en 383, furent appelés *letes*, comme les Francs établis à Rennes ; les terres qu'ils reçurent,

jamais hommes liges, jamais vassaux de fief. Ils tenaient simplement leurs terres à titre de cultivateurs de la main même des possesseurs de fiefs. Ils promettaient, non pas la foi, mais leurs bras pour défricher et des redevances pour reconnaître les droits du propriétaire foncier. Ainsi semble se distinguer l'élément celtique de l'élément féodal.

Que si c'est pousser trop loin les investigations de l'analyse que de vouloir discerner, après tant de siècles écoulés, le principe celtique et le principe féodal, il est du moins facile de montrer ce que leur mélange a produit. Il a produit, en s'écartant du principe romain :

1° La faculté de congédier introduite dans l'intérêt du seigneur, et toute la procédure du congément ;

2° La reconnaissance de la propriété des édifices et superfices au profit du colon ; reconnaissance qui, sous l'apparence d'un bienfait, cachait une mesure fiscale, le prélèvement des droits de lods et ventes au profit du seigneur pour chaque mutation de la tenue, sans compter que l'obligation de réparer les bâtiments retombait tout entière sur le colon ;

3° La restriction de la durée des baux, l'obligation imposée au colon de les renouveler, soit tous les six ans, soit tous les neuf ans, parce que chaque baillée de renouvellement procurait de nouveaux droits de commission au seigneur ;

4° Les juridictions seigneuriales, les seigneurs s'étant réservé le *justiciement* de leurs domaniers [1], — le retrait lignager, les corvées, et tous autres droits féodaux ;

5° Le système des successions de la tenue, telles qu'elles étaient organisées particulièrement dans l'usement de Rohan, et le droit de déshérence réservé au seigneur.

Ce sont là les principales modifications que l'élément celtique et l'élément féodal ont fait subir à l'élément romain.

Diverses circonstances, dans lesquelles on a vu à tort l'origine du domaine congéable, ont eu pour effet d'en favoriser le développement.

à la charge de les défricher, de les défendre et de fournir des troupes à l'armée des empereurs, prirent le nom de terres *létiques*. — *Let*, en langue celtique, signifie largeur, étendue; *lec'h*, la demeure et les terres d'un colon. (Girard, p. 1 à 10. — Baudouin, t. I, p. 11.) — V. aussi Dubos, *Histoire critique de l'établissement de la monarchie française*, t. I, p. 94 et suiv.

[1] Baudoin, t. 1, p. 12.

Telles sont du IIIe au VIe siècle, et plus spécialement dans le IVe et le Ve, les fréquentes émigrations des Bretons insulaires [1]. Chassés de leur pays par les Saxons, ils vinrent en grand nombre chercher un asile dans l'Armorique. En 383, on en voit arriver une troupe considérable sous la conduite de Maxime. D'autres vinrent ensuite, et les derniers émigrants furent accueillis et traités en amis par ceux qui les avaient précédés : *venerunt ad suos concives ad Armoricam* [2].

La plupart des jurisconsultes bretons font remonter l'origine même du domaine congéable à ces invasions successives. Les indigènes ne voulant pas se dépouiller gratuitement de leurs terres en faveur des nouveaux venus, ceux-ci ne voulant pas accepter le rôle de serfs de la glèbe, le moyen terme des baillées convenancières vint concilier, par une heureuse transaction, les intérêts opposés. Moyennant de modiques redevances, les émigrants obtinrent de larges concessions territoriales, dont les indigènes conservaient la propriété, le fonds : combinaison avantageuse pour tous, féconde surtout pour le pays breton, si tant est que les nouveaux colons défrichèrent le territoire de Goëlo couvert de bois, et créèrent en quelque sorte Brouërec et la Cornouaille en y faisant fleurir l'agriculture [3].

L'auteur des *Institutions convenancières*, Baudouin, et d'autres à sa suite, voient l'origine du domaine congéable dans les émigrations du Ve siècle seulement, non dans celles du IVe, non dans celle de l'année 383 surtout. — En 383, les troupes romaines occupaient encore le pays ; des concessions de territoires furent faites sans doute aux nouveaux venus, mais des concessions pleines et entières, comprenant tout à la fois la jouissance, les édifices et superfices, le fonds lui-même : c'est ainsi que les empereurs romains distribuaient les bénéfices aux

[1] Duparc-Poullain, *Principes du droit français*, t. III, p. 35. — Baudouin, t. I, p. 1 à 18. — Carré, p. 2 à 7. — Aulanier, *Traité du domaine congéable*, p. 1. — Dalloz, v° *Bail à domaine congéable*, n°s 1 et 2.

[2] Salfred, lib. V, cap. 16. — Miorcec de Kerdanet, Notice inséré dans l'ouvrage de Carré. — *Ad suos concives* : Suivant l'interprétation de Baudouin, je vois dans ces mots une allusion à l'accueil fait par les premiers émigrants à ceux qui vinrent ensuite ; mais ils pourraient s'entendre aussi bien de l'hospitalité donnée par les Celtes armoricains aux Celtes de la Grande-Bretagne.

[3] Baudouin, *loc. cit.* — Aulanier, *loc. cit.* — Miorcec de Kerdanet, notice insérée dans l'ouvrage de Carré.

barbares *letes*. Mais on ne découvre là aucun vestige du domaine congéable. — Je ne puis voir, pour ma part, dans l'opinion de Baudouin, dans sa distinction entre les premières et les dernières transmigrations, qu'une de ces tentatives extrêmes, hasardées pour séparer violemment le droit breton du droit romain. Que les premiers émigrants aient obtenu des empereurs des concessions territoriales, l'histoire le dit; je ne dois pas le nier [1]. Mais croira-t-on facilement qu'en présence de l'invasion de 383, les anciens Armoricains qui, après avoir franchi tous les degrés de l'esclavage, avaient pour la plupart recouvré la liberté, qui étaient rentrés dans la possession réelle de leurs droits, qui étaient redevenus propriétaires, qui dix-huit ans plus tard allaient être affranchis du joug romain, croira-t-on facilement que ces vieux Celtes n'aient, de leur côté, noué aucune relation avec les émigrants bretons, qu'ils ne leur aient fait aucune concession de terres, soit définitivement, soit plutôt à titre précaire? N'est-il pas évident, au contraire, que le domaine congéable dont le principe était déposé dans la législation antérieure, dut se développer sous l'influence des rapports nouveaux des Romains et des Celtes de l'Armorique avec les insulaires bretons? Et n'est-ce pas, dans ce grand mouvement, que l'élément celtique est venu se mêler, en le modifiant, à l'élément romain pour la formation du domaine congéable? Quoi qu'il en soit, j'observe que les émigrants de 383 prirent le nom de *letes*, comme les Francs établis à Rennes, à Bayeux, à Chartres, et si je m'en rapporte à la puissance des étymologies, je trouve que le mot *let*, dans la langue celtique, signifie largeur, étendue; et le mot *lec'h*, demeure et terre du colon, en sorte que l'idée du colonat perce jusque dans les temps des premières transmigrations. Si, dans l'effervescence générale causée par de tels événements, je ne reconnais pas l'origine première du domaine congéable, j'y vois du moins une de ces causes puissantes qui ont dû lui imprimer un mouvement plus rapide et lui communiquer une vie nouvelle.

M. Troplong pense que le domaine congéable peut avoir été introduit dans les contrées de la basse Bretagne par suite des longs voyages et des émigrations de ses marins : « Le proprié-

[1] Anquetil, *Histoire de France*, année 416. — Constance confirma, en 416, les concessions territoriales précédemment faites par le dernier des Constantin.

« taire qui s'absentait pour un temps indéterminé, dit l'illustre « jurisconsulte, devait avoir à cœur de s'épargner les em- « barras de l'administration et de se dispenser des réparations « des bâtiments, tout en s'assurant, pendant son absence, un « revenu raisonnable; or ce but était atteint par le domaine « congéable, combinaison ingénieuse et qui atteste l'originalité « du peuple qui en est l'inventeur [1]. » Ingénieuse conjecture! s'écrie M. Dalloz [2]. Cette conjecture cependant repose sur un fait, comme l'explique fort bien M. Carré [3], sur un de ces faits qui ne recèlent pas, il est vrai, le germe du domaine congéable, mais qui le développent, le multiplient et le propagent. Je n'entends pas soutenir que le convenant remonte aussi haut que les excursions des marins bretons : ce serait en placer le berceau, comme Dufail, dans les temps qui ont précédé la conquête de Jules César : *Quod et naves habent Veneti plurimas, quibus in Britanniam navigare consueverunt, et scientiâ atque usu nauticarum rerum ceteros antecedunt* [4]. Sans aller si loin, nous savons qu'au VIIe siècle le commerce était florissant dans toute la Bretagne; que les franchises et les libertés accordées par les ducs à leurs ports, y attiraient un nombre considérable d'étrangers; qu'il s'y faisait un grand négoce de blé, de fer, de plomb, d'étain, de cire et de miel; que les peuples de Vannes, sans oublier les Nantais et les Malouins, pouvaient être cités comme d'habiles navigateurs et de riches commerçants [5]. C'est à cette époque, si je ne me trompe, qu'il convient d'appliquer les très-judicieuses observations de M. Troplong.

Lobineau a cru découvrir des vestiges du domaine congéable dans des actes du IXe siècle, et partant il a fixé au IXe siècle l'origine même de ce contrat; mais ces actes ne supposent-ils pas la préexistence des usages convenanciers, et, en les citant comme Lobineau, Dom Morice n'a-t-il pas fait sagement de n'en pas tirer la même conclusion [6]?

Du Xe au XIIe siècle, une immense révolution avait été con-

[1] Troplong, *Louage*, t. Ier, n° 61.

[2] Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° *Louage à domaine congéable*, n°s 1 et 2.

[3] Carré, p. 2 à 7, n°s 5 et 6.

[4] *Cæsaris Comment. de Bello Gallico*, lib. III, cap. 8.

[5] D'Argentré, *Histoire*, p. 110, recto.

[6] Lobineau, *Histoire et preuves*, p. 72. — Dom Morice, *Preuves*, t. Ier, p. 17 (préface).

sommée! La féodalité s'était définitivement constituée, fractionnant en une multitude de souverainetés locales la grande et impuissante souveraineté des descendants de Charlemagne. Chaque fief était devenu un centre d'activité et d'énergie. Le seigneur s'appliquait à trouver dans le nombre et l'aisance de ses sujets la force dont il avait besoin pour rester à la hauteur de son rang, pour n'être pas inférieur à ses voisins. Le domaine congéable dut se développer alors en Bretagne, comme se développaient ailleurs les autres contrats ayant pour base l'exploitation des richesses agricoles, et prendre en même temps cette physionomie féodale qui lui valut la proscription momentanée des législateurs de 1792. Les abus, il faut le dire, étaient nés à l'ombre de la puissance, et un jour vint où les plaintes des domaniers, exhalées du fond de la basse Bretagne, se réunirent à ce concert de doléances qui, éclatant sur tous les points de la France, amenèrent la proclamation des immortels principes de 1789.

Au XIIe siècle se déroule la grande épopée des Croisades. Partout, en France, en Angleterre, en Allemagne, le monde chrétien se lève au cri de *Dieu le veut!* Seigneurs et vassaux se pressent et se confondent sous les saints étendards de la croix, avec cet enthousiasme qui fait les grandes choses, avec cette foi vive qui enfante les miracles. Ce prodigieux mouvement qui excitait à un si haut degé les sentiments d'humanité, de charité, d'égalité chrétienne, qui préparait à la France une ère d'affranchissement et de liberté, ne fut pas sans influence sur les conditions économiques de la propriété et sur les contrats qui s'y rattachent. Le seigneur quittant son antique manoir pour se lancer dans de lointaines expéditions, ses terres eussent été livrées à l'abandon si, contre un tel danger, ne s'était présenté le secours des baillées à long terme, de celles-là surtout qui, comme les baux convenanciers, réservaient au maître les redevances stipulées, et laissaient au colon tous les risques. Je n'hésite pas à dire, malgré le silence des jurisconsultes bretons, que les Croisades furent une des causes qui activèrent de la manière la plus énergique le rayonnement du domaine congéable.

Aussi remarquons-nous que, dès le commencement du XIVe siècle, les convenants ont pris une extension telle dans la basse Bretagne, que l'usement de Cornouaille, rédigé en 1540

si l'on en croit Girard [1], constate dans son article 4 que, depuis deux cents ans, il se trouve une *infinité* de baux convenanciers faits pour neuf ans, pour dix-huit ans ou pour plus longtemps.

Ainsi naît dans les ténèbres du passé, ainsi se développe sous des influences diverses l'institution du domaine congéable. Nous touchons, en suivant l'ordre des temps, à l'époque de la rédaction des usements bas bretons.

CHAPITRE II.

DE LA RÉDACTION ET DE L'AUTORITÉ DES USEMENTS DE LA BASSE BRETAGNE.

Les usements ou usances de la basse Bretagne avaient la même source que les coutumes générales : une pratique ancienne, une observation commune en formaient le sceau ; ils constituaient un droit non écrit, *jus non scriptum : nam diurni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur* [2]. Des milliers de contrats, de baux, d'actes de toute espèce, des jugements innombrables des différents siéges, une infinité d'arrêts, tous les ouvrages des jurisconsultes bretons témoigneraient, au besoin, de l'existence des usements, de leur force obligatoire, de leur autorité légale.

La *très-ancienne coutume* de Bretagne, rédigée en 1330, n'y fait-elle pas allusion dans son chapitre 274? Il y est dit qu'en *plusieurs pays et terrouers* il est établi *plusieurs usements qui ne sont pas par toute la Bretagne généralement, et pour ce,* ajoute le même chapitre, *les doit-on garder, s'ils ne sont contre bonnes mœurs.*

En 1539, il est vrai, les commissaires de la réformation faillirent les méconnaître : « Ayant demandé aux États s'il y avait « aucuns articles, coustume, ou observances audit pays aultres « que celles qui étaient escriptes audit cahier (de la coutume « générale de Bretagne), il fut par-tout lesdicts États respondu « qu'ils n'avaient aultre loi, coustume, ni pratique. » Sur quoi, les commissaires ajoutèrent à la fin de leur procès-verbal « des défenses de recevoir désormais aucun à alléguer, prou- « ver, ne vérifier aultre coustume..... et que sans avoir égard « à icelles les juges et officiers aient à juger les procès fondés

[1] Girard, *Usements ruraux de Basse-Bretagne*, p. 1 à 10.
[2] Justinien, *Institutes*, liv. Ier, tit. 2, § 9.

« en coustume..... selon les coustumes escriptes audit livre « coustumier, ou selon les particulières usances et coustumes « locales lues en laditte assemblée desdits États et par eux pu- « bliées. » Ces usances étaient seulement celles de Rennes, de Nantes et de Goëlo sur les censives et le préciput de l'aîné [1], et il est bien certain que les usances convenancières n'ont pas été publiées par l'assemblée des États. Mais l'article 636 de la coutume générale tempéra la rigueur du procès-verbal des commissaires en disposant que « les priviléges et droits particu- « liers, patrimoniaux et héréditaires de plusieurs prélats, « comtes, seigneurs en plusieurs lieux en Bretagne et qui ne sont « escripts, compris, ne contenus en ce livre coustumier, toutes- « fois seront gardés et observés, ainsi qu'ils l'ont été par le « passé; nonobstant la rédaction, lecture et publication des- « dites coustumes. »

Dufail, Lesrat, d'Argentré citent plusieurs arrêts intermédiaires de 1539 à 1580, qui ont pour base unique les usements particuliers sur les convenants.

La seconde réformation de la coutume, en 1580, confirma pleinement leur existence. L'article 541 de la *nouvelle coutume* ordonna, par forme de provision, que ceux qui prétendaient les *droits de convenants et de domaines congéables, en jouiraient et useraient comme ils avaient fait au temps passé, bien et dûment.* L'article 684 reproduisait en même temps l'ancien article 636, en conservant aux seigneurs et autres leurs priviléges et droits particuliers, *qui ne sont écrits, compris ni contenus en ce livre coutumier*, et en ajoutant que ces *droits et priviléges seraient gardés et observés ainsi qu'ils avaient été au passé.*

Ce qui précède ne saurait faire aucune difficulté en ce qui touche la force légale des usements. Mais s'ensuit-il, comme un savant professeur de la Faculté de droit de Rennes a entrepris de le démontrer [2], que les textes qui les constatent et les transmettent à la postérité aient reçu la sanction au moins indirecte du législateur? Je ne puis le croire.

La nouvelle coutume de Bretagne avait été publiée en 1580, dans l'assemblée générale des États. A la même époque, les commissaires de la réformation furent chargés de procéder à

[1] Baudouin, *Institutions convenancières*, t. I, p. 19 et 20.
[2] Carré, *Domaine congéable*, p. 15.

l'examen des cahiers, requêtes et mémoires présentés pour faire reconnaître les droits et usements de domaine congéable. Il s'agissait de reviser tous les usements, d'en arrêter les termes, et de les publier à la suite de la coutume générale. L'un des commissaires, d'Argentré, réclamait avec instance ce complément de l'œuvre ; mais on recula devant les difficultés de l'entreprise. Les réformateurs s'étaient, en effet, réunis à Rennes, et ils avaient rédigé, le 14 janvier 1581, un procès-verbal énumérant les différents cahiers soumis à leurs délibérations, et se terminant ainsi [1] : « Nous, auparavant passer outre, ne faire « droit sur lesdits cahiers et requêtes, avons ordonné que ceux « qui les ont présentés ou signés, ci-devant nommés, seront à « la requête et diligence du procureur syndic desdits États, par « le premier huissier ou sergent royal sur ce requis, intimé et « ajourné à comparoir devant nous, ou procureurs pour eux « duement fondés de procuration valable, en cette ville de « Rennes, au vingtième jour du mois de mars prochain venant, « afin de voir extraire de leurs cahiers, et arrêter les faits qui « seront trouvés pertinents et recevables tant par raison des « usements dudit domaine congéable et convenant, que autres « leurs droits, pour après iceux communiqués audit procureur « général du roi, et, lui ouï, en être informé, si métier est, et « autrement par nous ordonné ce qu'il appartiendra par raison. « Signé de Bourgneuf, Pierre Brullon, R. Glé. »

C'est là une sorte d'avant dire droit, d'où il serait impossible d'induire la consécration des textes des usements. Comment ces mémoires seraient-ils des recueils *solennellement approuvés*, pour me servir des expressions de M. Carré, alors que les commissaires se bornent à ordonner la communication au procureur général ? Parmi les cahiers présentés, on en trouve trois, par exemple, qui portent le même titre : *Usances locales et coutumes particulières de la vicomté de Rohan*. Le premier est signé par Me François de Cadillac et Pierre du Fresne, procureurs spéciaux du seigneur vicomte de Rohan ; le second, par les juges et officiers de Ploërmel ; le troisième, par Anne de Saujay, Jacques Rimason, sieur dudit lieu ; Jean Duval, sieur de Couebic ; Tanguy, Henri, sieur de Guego ; Guillaume Philippe, sieur du

[1] Ce procès-verbal est textuellement reproduit dans l'ouvrage de Baudouin, t. II, p. 267-272.

Resto ; Even, procureur de la dame du Houllo. Un quatrième cahier, intitulé *Briefve relection du domaine congéable de la vicomté de Rohan*, est signé René de Kermeno. Ces quatre mémoires étaient-ils d'accord sur l'usement? Les textes étaient-ils identiques? Rien ne le prouve, et il est bien vraisemblable qu'il devait se trouver plus d'une divergence dans des cahiers présentés pour soutenir des intérêts différents et quelquefois opposés. S'il n'y avait pas complète harmonie entre les textes proposés, lequel d'entre eux a été *solennellement approuvé?* Il serait difficile de le savoir, et je ne suis pas surpris de trouver le passage suivant dans un commentaire sur l'usement de Rohan : « Cependant il faut savoir que la première qualité re-« quise pour donner force de loi manque à cet usement, n'ayant « point été examiné, reçu ni approuvé par les commissaires, « qui, en 1580, furent occupés à la réformation générale de la « coutume de ce pays de Bretagne, *étant si fort pressés de s'en « aller, qu'ils n'eurent pas le temps de considérer les mémoires « qui leur furent présentés par les officiers du seigneur de Rohan;* « de manière qu'on doit regarder le contenu dans cet usement « comme de simples mémoires qu'on tolère jusqu'à ce qu'il « plaise à l'autorité souveraine du roy de leur donner le carac-« tère de véritables lois[1]. » Ce caractère devait leur manquer toujours[2]. Ce qu'il est permis d'affirmer seulement, c'est que le texte de l'usement qui nous est parvenu est antérieur à l'année 1603, époque de l'érection de la vicomté en duché-pairie ; car l'article 1er porte avec lui cet enseignement : « Au seigneur « *vicomte* de Rohan et aux autres seigneurs et gentilshommes qui ont hommes et sujets en ladite *vicomté*. » Aucune mention de la qualité de duché-pairie dans le texte.

Les mêmes observations s'appliquent aux usements de Brouërec et de Tréguier et Goëlo. Dans leur procès-verbal du 14 janvier 1581, les commissaires de la réformation mention-

[1] Commentaire de l'usement de Rohan, manuscrit conservé à la bibliothèque du tribunal de Napoléonville (Morbihan).

[2] M. de Blois, avocat à Quimper, a vu l'usement de Rohan mentionné dans une baillée à domaine congéable de l'année 1509, pour une terre située dans la paroisse de Pleybert-Christ ; mais cette baillée faisait-elle allusion à l'*usement lui-même*, à l'usage convenancier, — ou *au texte de l'usement*, — au texte tel qu'il nous a été transmis? Point d'indication à cet égard. (Préface inédite du Commentaire de Furic, par M. de Blois ; manuscrit déposé à la bibliothèque du tribunal de Quimper.)

nent quatre cahiers différents, présentés sur les domaines congéables de Saint-Brieuc, Tréguier, Goëlo, Quintin et Guingamp. Auquel de ces cahiers, qui, à coup sûr, ne pouvaient pas être entièrement conformes, s'attacherait le sceau de l'authenticité? Comment prononcer dans le silence des commissaires eux-mêmes? Hévin attestait au surplus, le 6 novembre 1678, qu'à cette date il n'y avait eu aucune rédaction des usements de Brouërec et de Tréguier [1]. Comment donc les réformateurs de la coutume auraient-ils approuvé, dès 1580, un texte qui n'a pris naissance qu'un siècle plus tard?

L'origine du texte de l'usement de Cornouaille n'est pas moins incertaine. Le commentaire de Furic sur cet usement parut en 1644, soixante ans environ après l'époque de la réformation. On s'étonne du silence qu'il garde sur le texte qui lui sert de base, et dont la source ne devait être alors un mystère pour personne. Girard, il est vrai, assure que l'usement de Cornouaille a été rédigé en 1540; mais il n'en apporte aucune preuve, et il n'est pas permis d'accueillir comme une vérité historique la simple assertion d'un auteur qui a écrit deux siècles après l'accomplissement du fait qu'il atteste [2].

N'hésitons pas à conclure que toute sanction légale manque aux textes qui nous sont parvenus; mais reconnaissons toutefois qu'ils ont une incontestable valeur. Les rédacteurs de ces lois locales sont inconnus. On suppose qu'à diverses époques des jurisconsultes ont recueilli et formulé celles que la pratique leur révélait. Il ne serait même pas téméraire de penser que ces textes sont l'œuvre des présidiaux des divers ressorts, qui, seuls, auraient eu qualité pour procéder aux enquêtes par turbes nécessaires dans de tels travaux. Quoi qu'il en soit, ces textes ont été généralement acceptés comme l'expression exacte des antiques usages du pays, et de la jurisprudence qui les avait consacrés; c'étaient des recueils qui formulaient un droit non écrit, et qui avaient le degré d'autorité qu'on reconnaissait à toutes les coutumes avant leur rédaction officielle. S'il s'est élevé quelques nuages dans la discussion de ce problème, c'est qu'on n'a peut-être pas distingué avec assez de soin entre le fond et la forme; c'est qu'on a confondu dans une question

[1] Hévin, consultation 104[4]. — Rosmar n'a écrit qu'en 1680 son traité, qui est devenu le texte de l'usement.

[2] Girard, *Usements ruraux de basse Bretagne*, p. 8.

complexe l'authenticité des usements et l'authenticité des textes destinés à les monumenter [1].

CHAPITRE III.

DES DIFFÉRENTS USEMENTS CONVENANCIERS ; DE LEUR CIRCONSCRIPTION ; DES COMMENTAIRES AUXQUELS ILS ONT DONNÉ LIEU.

Il existait quatre principaux usements convenanciers : ceux de Tréguier et de Goëlo, ceux de Cornouaille, ceux de Brouërec, ceux de Rohan. Les trois premiers ont entre eux une analogie presque parfaite ; ils concordent dans leurs maximes fondamentales, que l'on retrouve encore dans les usements moins importants de Porhoët, de Poher, de Léon et Daoulas. L'usement de Rohan, l'un des plus considérables, diffère des précédents par des règles essentielles, par des institutions à part, dont on ne découvre quelques traces que dans les usances très-limitées et presque inconnues de Motte et de Quévaize [2].

L'usement de Tréguier et de Goëlo comprenait le diocèse de Tréguier, l'ancien comté de Goëlo, Paimpol, Lanvolon, Quintin, Pordic et plusieurs autres cantons dans les diocèses de Saint-Brieuc et de Dol notamment. Il a exercé, il exerce de nos jours encore une influence considérable sur les pays qui obéissent au régime du domaine congéable, influence qui s'explique par deux causes. La première, c'est que l'usement de Tréguier a l'incontestable avantage d'être le plus simple, de présenter les règles les plus générales, de s'arrêter à la limite précise où les autres usances commencent à se singulariser [3]. C'est qu'il a eu, en second lieu, la bonne fortune de rencontrer des commentateurs qui ont prêté à ses principes toute la force de leur autorité. Dès 1680, Rosmar rédigeait un « *Traité des domaines congéables à l'usement de Tréguier et comté de Gouello,* »

[1] V. Aulanier, *Domaine congéable*, p. 3. — Carré, *Domaine congéable*, p. 14-15. — Baudouin, *Institutions convenancières*, t. I, p. 19 et suiv. — Le Guével, préface, p. VIII, note *a*.

[2] Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° *Louage à domaine congéable*, n° 3. — Aulanier, *Domaine congéable*, n° 2. — Carré, *Domaine congéable*, p. 18 à 32 de la notice de M. Miorcec de Kerdanet, et p. 12 du traité. — Baudouin, *Institutions convenancières*, préface, p. XI. — Furic, *Usement de Cornouaille*, passim. — Le Guével, *Usement de Rohan*, p. 1.

[3] Baudouin, t. I, p. 12 de la préface.

et ce traité a formé depuis le texte de l'usement. En 1776, Baudouin de Maison-Blanche publiait ses *Institutions convenantières*, qui sont devenues le véritable Code des pays inféodés au système du domaine congéable. Lorsqu'en 1822 M. Carré, professeur à la Faculté de droit de Rennes, faisait paraître son *Introduction à l'étude des lois relatives aux domaines congéables*, il ne cachait pas « que c'est l'ouvrage de Baudouin que l'on « consulte ordinairement, et avec raison, parce qu'il est le seul « qui présente des notions générales que l'on peut, jusqu'à « un certain point, considérer comme le droit commun en cette « matière. » Enfin M. Aulanier, avocat à Saint-Brieuc, publiait en 1824 son savant *Traité du domaine congéable* au centre même et comme au sein des traditions de l'ancien usement de Tréguier et Goëlo [1].

Ainsi s'expliquent les tendances envahissantes de cet usement, et tel est l'empire qu'il exerce même de nos jours, que nous n'osons affirmer que les jugements et arrêts des tribunaux et des Cours n'aient pas quelquefois tranché, par les lois de Tréguier, les procès de Cornouaille ou de Rohan [2].

L'usement de Cornouaille régissait l'ancien diocèse de Quimper et quelques parties de celui de Léon. Un cahier, intitulé *Usements des droits de convenants observés en Cornouaille*, fut présenté aux commissaires de la réformation, en 1581, par Rosmadec, sieur de Pontecroix et Le Baud. — Julien Furic,

[1] Une deuxième édition de cet ouvrage a paru en 1847.

[2] Je citerai, par exemple, la jurisprudence sur la question de savoir si le domanier peut être tenu d'enlever les pailles et engrais existant sur une tenue à l'époque du congément; — ou si, au contraire, il peut en exiger le remboursement du propriétaire foncier. Le tribunal de Napoléonville (ancien usement de Rohan) juge constamment en faveur du domanier : jugement du 13 décembre 1843, entre Jossec et Guégannic, confirmé par la Cour; l'arrêt s'appuie sur des motifs d'équité pour confirmer, mais n'admet pas les principes posés par le tribunal; — autres jugements du tribunal de Napoléonville, du 25 mars 1846, du 17 janvier 1855 (en faveur de Le Dain, domanier, contre le marquis de Langle, propriétaire foncier), du 14 février 1855 (en faveur de Guillouzo, domanier, contre le marquis de Langle); ces deux derniers jugements rendus conformément à mes conclusions. — La Cour de Rennes pose au contraire en principe que le propriétaire foncier peut contraindre le domanier à enlever les engrais; voir notamment arrêt du 31 juillet 1834, et doctrine conforme de M. Aulanier. — Il n'y a là autre chose, si je ne me trompe, que l'indice d'un conflit entre les usages de Rohan et ceux de Tréguier.

sieur du Run, *homme de singulière audition et probité*, comme l'appelle un de ses contemporains [1], publia en 1644, sur l'usement de Cornouaille, un commentaire qui annonce une intelligence étendue, un esprit cultivé, des connaissances sérieuses, en droit romain surtout; mais on n'y rencontre pas les traits d'un praticien en matière de domaine congéable; il se trompe parfois, et vise en général à la réformation plutôt qu'à l'interprétation de l'usement. — Sous le titre général de *Traité des usements ruraux de basse Bretagne*, Girard, avocat à Quimper, a publié, en 1774, un Commentaire dans lequel il se préoccupe principalement de la loi locale de Cornouaille, commentaire *où l'on parle*, comme porte le titre, *de tout ce qui peut favoriser les progrès de l'agriculture*. Les traités de Girard et de Furic, celui de Girard surtout, sont plutôt des essais de politique que des œuvres de jurisprudence. Sous le rapport de l'exégèse et de la pratique, ils sont bien inférieurs à celui de Baudouin. Au moment où l'auteur des *Institutions convenancières*, après six années de travail et de recherches, terminait la première partie de son commentaire, la province était inondée des prospectus d'un ouvrage qui sollicitait l'anéantissement des domaines congéables : c'était l'annonce de la seconde partie du traité de Girard [2]. « Ils sont un don précieux du ciel, s'écria « Baudouin, ces génies sublimes qu'il a créés pour réformer « la législation de leur patrie, et donner une nouvelle face à la « moitié d'une province qui s'imaginait jusqu'ici régie par des « lois agraires, favorables à la cultivation [3]. »

L'usement de Brouërec s'étendait de la rivière de la Roche-Bernard à celle de Quimperlé, et depuis la mer jusqu'au comté de Porhoët et à la vicomté de Rohan. Le texte que nous possédons est extrait de deux enquêtes par turbes, faites en 1570 par Eustache de la Porte et Julien Tituan, conseillers au parlement. Il n'existe, que je sache, aucun commentaire de l'usance de Brouërec [4].

[1] Guy Autret, dans ses additions à la Vie des saints de Bretagne; cité dans la préface inédite de M. de Blois, sur l'usement de Cornouaille.

[2] Je n'ai pas pu trouver ce second volume : le premier volume existe seul à la bibliothèque du tribunal de Quimper; le second a cependant dû être publié, d'après le passage cité de Baudouin.

[3] Baudouin, *Institutions convenancières*, préface, p. 14.

[4] Notice de M. Miorcec de Kerdanet, insérée dans le *Commentaire* de Carré, p. 20.

Un mot sur les lois locales qui, dans un rayon limité, se groupaient autour de ces trois premiers usements.

L'existence de l'usement *convenancier* de Porhoët est contestée par Poullain-Duparc, Baudouin et Girard[1]. Mais l'erreur de leur opinion est démontrée par le procès-verbal que dressèrent, en 1581, les commissaires de la réformation, et qui relate le cahier des *Usements observés en ladite comté de Porhouet, pour les tenues baillées par leur seigneur à leurs hommes* A DOMAINE CONGÉABLE. Ce qu'on sait de cet usement, c'est qu'il est le même à peu près que celui de Tréguier; bien plus, suivant Hévin, l'usement de Tréguier était appelé aussi de Porhoët[2]. Nous n'en avons d'ailleurs ni texte ni commentaire.

L'étendue de l'ancien comté de Pohaër ou Poher n'est pas plus connue que celle d'un archidiaconé du même nom, qui était une des principales dignités du chapitre de Quimper. L'usement de Poher pouvait être comparé, selon l'expression de Girard[3], à un fief en l'air, *vanum habendi simulacrum, in quo tanquam in statuis præter titulum nihil sit additamenti*[4]. L'usement avait conservé son titre, mais il avait perdu l'empire de son domaine démembré. Il ne s'en trouve plus aucune preuve écrite, si ce n'est dans quelques baillées qui se fournissent aux environs de Châteauneuf et de Carhaix. Il en est fait mention dans le procès-verbal de 1581 : « Sommaire déclaration que fait « le sénéchal de Karhaye de l'usance observée de tout temps « au terrouer de Poher, pour les détempteurs de tenues à titre « de convenant franc et congéable. » L'usement de Poher paraît être le même que celui de Cornouaille, sauf des nuances qu'il est inutile de faire ressortir[5].

L'usement de Léon et Daoulas ne suivait pas généralement

[1] Poullain-Duparc, *Principes du droit*, t. III, p. 37; — Baudouin, t. I, p. 18-26 et 27; — Girard, t. I, p. 20.

[2] Notice de M. Miorcec de Kerdanet, insérée dans le *Traité* de Carré, p. 25. — Hévin, consult. 104e.

[3] Girard, p. 23. — Notice de M. Miorcec de Kerdanet, p. 24.

[4] Dumoulin, *Cout. de Paris*, § 85, nos 16, 17 et suiv., et § 41, nos, 8, 9, 13, 30, 51.

[5] Ainsi, en Poher, le congédié payait les frais du congément, ce qui pouvait devenir une cause de ruine pour les vassaux, tandis que, dans les autres usements, ces frais sont toujours supportés par le congédiant. (Notice de M. Miorcec de Kerdanet, p. 24. — Girard, p. 23. — Baudouin, t. I, p. 27.)

les règles du domaine congéable : « La ferme muable, ou de « neuf ans, y était universelle[1]. » Mais, dans cette principauté même, il se trouvait quelques tenues convenancières, qui étaient régies, les unes, par les usements de Tréguier; les autres, par ceux de Cornouaille, suivant que leur position géographique les rapprochait plus de l'un ou de l'autre de ces pays[2].

Il n'était peut-être pas hors de propos de présenter cet aperçu général des divers usements avant d'aborder celui de Rohan. Si l'on voulait suivre, dans ses développements, la jurisprudence bretonne sur le domaine congéable jusqu'à nos jours, c'est à l'étude de l'usement de Tréguier et de Goëlo qu'il faudrait s'attacher; c'est le commentaire de Baudouin de Maison-Blanche qu'il conviendrait d'approfondir. Mais, au point de vue historique, il m'a paru préférable de choisir un autre usement qui, tout en donnant une suffisante idée du régime des convenants, nous représentât mieux le spectacle des antiques mœurs de la basse Bretagne, et découvrît davantage à nos yeux les couches profondes de la société féodale. L'examen de l'usement de Rohan nous permettra d'atteindre ce but.

Indiquons les limites précises du territoire soumis à l'empire de cet usement[3].

Rohan, aujourd'hui simple chef-lieu de canton du Morbihan, était jadis une ville très-forte, que les Anglo-Bretons et les Franco-Bretons se disputèrent plusieurs fois au temps de la guerre de la succession de Bretagne. Les Anglais la prirent en 1345, et l'incendièrent après l'avoir livrée au pillage. C'est cette ville qui a eu le privilége de donner son nom à l'illustre

[1] Article 1er de l'*Usement*.

[2] Notice de M. Miorcec de Kerdanet, p. 23. — Furic, à la suite de son *Usement de Cornouaille*, a consacré quelques pages à l'explication de l'*Usement* de Léon et Daoulas.

[3] Voir, pour la géographie de la vicomté de Rohan, le savant travail de M. Arthur Le Moyne de la Borderie, inséré dans le *Recueil des mélanges d'histoire et d'archéologie bretonne*, publié à Rennes en 1855, t. Ier, p. 17. — A consulter le mémoire du vicomte de Rohan pour la préséance aux États de Bretagne, rédigé en 1479 et imprimé au tome II de l'*Histoire de Bretagne*, de Morice et Taillandier; l'aveu de la vicomté de Rohan, de 1471; celui de la châtellenie de Corlé, de 1576, et un autre de la même date, de la principauté de Guéméné; enfin les deux aveux de 1639 et de 1682. Tous ces documents, sauf le mémoire, sont inédits et font actuellement partie des archives départementales de la Loire-Inférieure, où M. de la Borderie a pu en prendre communication.

famille des Rohan, dont chacun sait la fière devise : *Roi ne suis, prince ne daigne, Rohan suis.* Elle descendait des anciens ducs de Bretagne, et elle fut longtemps en possession du comté de Porhoët, du duché de Rohan et de la principauté de Guéméné.

Alain de Porhoët, troisième fils d'Eudon Ier, comte de Porhoët, fut le premier seigneur de la vicomté de Rohan. Il mourut en 1128. Cinq siècles plus tard, en 1603, par lettres patentes du roi (Henri IV), la vicomté fut érigée en duché-pairie au profit de Henri de Rohan, vingtième vicomte de ce nom, qui avait épousé Marie de Béthune, fille de Sully.

La première résidence d'Alain Ier fut Châteaunoix (Castennec), ce qui explique comment, dans la notice de la fondation du prieuré de la Couarde [1], il est intitulé vicomte de Châteaunoix, *vice-comes castri-noïci.* Il fit construire, pendant les dernières années de sa vie, le château de Rohan, qui donna son nom à la seigneurie et en demeura longtemps le chef-lieu. Il semble toutefois, d'après un aveu de 1471, que, dès cette époque, Pontivy était devenu la véritable capitale, privilége qui lui fut ensuite confirmé, en 1603, lorsque la vicomté de Rohan devint duché-pairie. Les divers siéges de juridiction du nouveau duché relevèrent tous alors en appel de celui de Pontivy [2].

La vicomté de Rohan paraît avoir eu, dès l'origine, l'étendue que lui donnent plus tard les aveux détaillés qui nous en restent, et dont les plus anciens datent du XVe siècle [3].

Suivant un aveu de 1471, la vicomté de Rohan était divisée en trois membres : 1° la seigneurie proprement dite de Rohan, 2° la chatellenie de Gouarec, 3° la châtellenie de Corlé.

La seigneurie proprement dite de Rohan comprenait 46 trêves ou paroisses : Mur, Saint-Guen, Saint-Connec, Saint-Caradec, Saint-Gonnery, Croixanvec, Neuillac, Kergrist, Hémonstoir, Cléguérec (partie sud), Séglien, Malguénac, Stival, Guern, Pontivy, Noyal-Pontivy, Saint-Gérand, Gueltas, Kerfourn, Saint-Thuriau, Saint-Gouvry, Saint-Samson-sur-l'Oust, Rohan, Credin, Pleugriffet, Reguiny, Radénac, Saint-Fiacre, Naizin,

[1] Dom Morice, PR., I, 552 et 553 ; Cartul. Roton., Me ; fol. limin., ve.

[2] Pontivy, aujourd'hui Napoléonville (Morbihan).

[3] Dom Morice, PR., I, 552, 553, 697, 724, 725. Notices de la fondation de la prieuré de la Couarde, charte de l'abbaye de Marmoutier et titres de la fondation de l'abbaye de Bonrepos, en 1184.

Moustoir-Remungol, Pluméliau, Bieuzy, Châteaumoix (Castennec), Melrand, Baud, Guénin, Remungol, Moréac, Locminé, Saint-Allouestre, Buléon, Bignan, Saint-Jean-Brévelay, Moustoirac, Plumelin, Camors.

La châtellenie de Gouarec s'étendait sur treize paroisses ou trêves : Plouray, Mellionec, Plouguernevel, Saint-Gilles, Gouarec, Plelauf, Lescouet, Penret ou Perret, Sainte-Brigitte, Silflac, Cléguérec (partie nord), Saint-Aignan, Saint-Caradec Trégomel. La résidence seigneuriale, dans cette châtellenie, était le château de Penret, appelé aussi le château des Salles en Sainte-Brigitte.

La châtellenie de Corlé ou Corlay comprenait douze trêves : Corlé (résidence seigneuriale), Saint-Martin-des-Prés, Merléac, le Quilio, Saint-Mayeuc, Saint-Gilles-Vieux-Marché, Caurel, Laniscat, Saint-Guelven, Rosquelfen, Saint-Igeau, Plussulien.

Telle était la vicomté de Rohan en 1471. Elle fut réduite depuis par divers démembrements. Ainsi, à la fin du XVe ou au commencement du XVIe siècle, la châtellenie de Carlay fut tout entière distraite de la vicomté de Rohan, en faveur de la branche de Rohan-Guéméné ; et, en outre, on en démembrera quatre trêves de la châtellenie de Gouarec (Saint-Caradec-Trégomel, Plouray, Mellionec et Plouguernevel), et les seigneuries de Pleugriffet, du Gué de l'Ile-Naigin, de Kergrois, de Baud et de Kerveno.

Aussi, en 1603, lors de l'érection de Rohan en duché, la seigneurie ainsi réduite ne parut plus en état de soutenir convenablement l'éclat de son titre nouveau, et l'on y annexa la châtellenie de La Chèze, séparée à cet effet du comté de Porhoët, et comprenant vingt et une paroisses : Uzel, Saint-Hervé, Grâce, Saint-Télo, Trevé, La Motte, Saint-Sauveur-le-Haut, La Prénessaie, Lanrénan, Plémet, Loudéac, Cadelac, Saint-Barnabé, La Chèze, La Ferrière, Plumieuc, La Trinité, Saint-Étienne du Gué-de-l'Ile, Saint-Maudan, Saint-Samson, Brehant.

Dès les anciens temps, la vicomté de Rohan avait été partagée en plusieurs ressorts de juridiction, dont les siéges étaient à Corlay, Loudéac, Gouarec, Baud et Pontivy. Il n'y avait pas alors de siége de juridiction à Rohan. Un juge de Pontivy allait seulement y tenir audience une fois par semaine, état

de choses qui dura jusqu'à l'érection de Rohan en duché[1].

Au XVIIe siècle, on trouve le nouveau duché divisé en six juridictions : La Chèze, Loudéac, La Trinité, Gouarec, Rohan et Pontivy. Pontivy était, de plus, tribunal d'appel, au premier degré, à l'égard des cinq autres siéges. Comme on le voit, dans cette période, les juridictions de Corlay et de Baud, par suite des démembrements survenus, ne dépendaient plus de la terre de Rohan[2].

L'usement que je vais faire connaître ne régissait pas seulement le territoire du duché, tel qu'il fut définitivement constitué ; il s'étendait aux autres terres et seigneuries qui n'en relevaient plus, ou qui n'en relevaient qu'en juveigneurie, c'est-à-dire sur toutes les terres de l'ancienne vicomté[3].

Les interprètes de l'usement de Rohan sont : Caris, le Guével et Georgelin. Le commentaire de Caris, procureur fiscal de Bignan et Kermeno, a été publié en 1750 ; celui de le Guével, avocat à Josselin, a paru à Rennes en 1786 ; celui de Georgelin, sénéchal de Corlay, rédigé en 1789, est resté à l'état de manuscrit[4]. Ce sont les ouvrages qui vont principalement nous servir de guides dans l'exposé des institutions juridiques reçues et consacrées par l'usement de Rohan.

THÉODORE DEROME.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

[1] Mémoire du vicomte de Rohan pour la préséance aux États de Bretagne, rédigé en 1479.

[2] Aveux de 1639 et 1682.

[3] Manuscrit conservé à la bibliothèque du tribunal de Napoléonville sur l'usement de Rohan.

[4] Notice de M. Miorcec de Kernadet, p. 27-28. — J'ai vu à la bibliothèque du tribunal de Napoléonville un manuscrit, cité plusieurs fois déjà dans ce travail, sur l'usement de Rohan, sans nom d'auteur, paraissant avoir été rédigé à la fin du XVIIIe siècle, et qui est vraisemblablement, sans que je puisse aujourd'hui vérifier ce fait, le Commentaire de Georgelin.

RECHERCHES SUR L'ÉTAT DE LA FEMME,

L'INSTITUTION DU MARIAGE ET LE RÉGIME NUPTIAL.

Par M. Eug. Bimbenet.

QUATRIÈME ARTICLE [1].

Peut-il résulter de l'institution du *mundium* que la femme fût achetée, alors même qu'elle aurait été affranchie de l'usage du rapt et de l'enlèvement?

Pour justifier l'affirmative de cette proposition, M. Kœnigswarter invoque la loi des Saxons : elle contient, dit-il, le principe de l'achat dans toute sa crudité primitive : *lito regis liceat uxorem emere ubicumque voluerit ;* et en citant ce texte, il aurait dû y être ajouté ce qui termine : *sed non liceat ullam fœminam vendere* [2].

Le sens donné à ce passage semble beaucoup trop absolu; l'achat, d'après lui, était restreint aux *lites* du roi, car en dehors de cette classe, on ne pouvait acheter la femme qu'il n'était pas permis de vendre.

Il est probable qu'ici se rencontre un de ces priviléges qui ne peut être considéré comme la loi commune et qui, constituant une exception, établit, au contraire, que la règle était prohibitive de l'acquisition; il ne faut pas séparer le reste de la phrase du mot *ubicumque*, exprimant ainsi le droit de prendre femme partout ailleurs que dans les terres soumises à l'autorité de la loi; c'est évidemment une extension à une situation primitivement restreinte et en même temps le maintien de la règle générale qui défendait la vente de la femme.

Il est vrai que l'article 6 de la même loi, *De conjugiis*, s'exprime ainsi : *Uxorem ducturus* 300 *solidos det parentibus ejus;* mais outre que ce texte ne se sert pas du mot *emere*, il semble n'intéresser que le mariage contracté dans les classes élevées, car selon ce que nous enseigne M. Kœnigswarter, le *solidus* valait 11 francs de notre monnaie, ce qui aurait élevé le prix de la femme à 3,300 francs, somme considérable qu'une classe de

[1] V. t. XX, p. 24.

[2] *Loi saxonne*, t. XVIII, §§ 1er et 17 de Lendenbrog.

ces peuples pouvait seule réaliser ; à plus forte raison ne peut-on faire remonter cet usage au temps où le peuple germain vivait dans toute la simplicité de sa vie vagabonde, pastorale et guerrière, où il ne connaissait pas la monnaie, et faire de cette loi une règle applicable à toutes les classes composant cette nation.

Il est vrai que le mot *emere*, qu'on ne recontre pas dans cette première disposition citée de la loi saxonne, se trouve dans celle constituant le § 3 du titre 7, *De heredibus et viduis : Qui viduam ducere velit, offerat tutori pretium emptionis ejus, consentientibus ad hoc propinquis ejus — et si tutor abnuerit convertat se ad proximos ejus et eorum consensu accipiat illam, paratam habens pecuniam, ut tutori ejus, si forte aliquid dicere velit, dare possit hoc est* 300 *solidos.*

Et enfin au titre 9, *De raptu mulierum : Qui fœminam ab alio desponsatam rapuerit* 300 *patri puellæ ;* 300 *sponso componat ; et insuper* 300 *solidos emat eam.*

La première de ces dispositions de la loi veut-elle dire que l'on achetait la femme, même alors qu'elle était veuve, au tuteur qu'elle devait toujours avoir ?

Il serait sigulier, si elle était soumise à l'achat, qu'on ne dût l'acheter que du tuteur lui-même, et qu'à son refus de la vendre les parents de la veuve pussent la donner sans aucun prix à celui qui la recherche en mariage ; et cependant c'est ce que dit cet article : *Et eorum consensu accipiat illam.*

La seconde de ces dispositions veut-elle dire que, dans le cas où l'enlèvement de la femme mariée est consommé, le ravisseur, après avoir composé avec le mari et le père de la femme, devait l'acheter, en d'autres termes que le premier mariage était rompu et qu'il s'en contractait un nouveau dont le prix était de 300 sous ?

Il serait surprenant qu'une loi rédigée sous l'autorité du christianisme, à ce point qu'elle punissait exceptionnellement de mort l'assassinat commis sur la personne d'un fidèle se rendant à l'église dans les fêtes solennelles de la religion, fît aussi bon marché du sacrement de mariage.

L'intelligence de ces textes est donc subordonné au véritable sens du mot *emere* et des mots *pretium emptionis.*

On l'a dit, en parlant des institutions romaines, il faut se défier du langage et ne pas y attacher un sens classique et

restreint. Cette proposition s'applique bien davantage encore aux lois des peuples barbares rédigées dans un latin dégénéré.

Ducange ne traduit pas les mots *emere, emptio* par *acheter, achat*, mais bien par les mots *prendre à ferme;* le mot *emere* est synonyme de ceux-ci : *ad censum recipere; emptor* veut dire *fermier; emptio* est synonyme de *locatio;* dans un sens plus large, *emptio* veut dire indemnité.

Les mots *pretium emptionis* correspondaient au montant d'une indemnité; appliqués à la somme donnée par l'époux, au père ou au tuteur, ils représentaient la compensation de la perte que l'un ou l'autre faisait par le passage dans une autre famille de la fille ou même de la femme dont ils avaient la tutelle, qui entraînait avec elle la jouissance de leurs biens [1].

[1] La loi des Allemands, au titre 54, justifie bien cette explication. M. Kœnigswarter la cite comme démontrant *l'achat* de la femme; et cependant il semble évident qu'il démontre le contraire.

Ce titre est intitulé : *De eo qui filiam alienam non desponsatam accceperit* (Lendenbrog).

M. Kœnigswarter s'exprime ainsi en citant cette loi (*R. de lég.*, 1, 1849, p. 165) : « La loi des Allemands exige également que l'épouse légitime soit « achetée par le mari; et traduisant la loi : si quelqu'un a pris pour épouse « une femme *qu'il n'a pas achetée*, et si le père la redemande, qu'il la lui « rende avec 80 s. de composition. »

Les mots *qu'il n'a pas achetée* sont admis parce que le traducteur applique le mot *non* au mot *alienam*, au lieu de l'appliquer au mot *desponsatam;* le titre et l'article 1er de la loi s'opposent à ce qu'il en soit ainsi : *Si quis filiam alienam non desponsatam acceperit sibi uxorem.* Comme on le voit, il s'agit d'une femme épousée sans que les solennités des fiançailles aient eu lieu.

Il s'agit bien d'une fille *non desponsatam*, car le titre 53 de la même loi est ainsi conçu : *De eo qui suam sponsam demiserit et aliam duxerit*, et le texte est ainsi conçu : *Si quis filiam alienam.* Ainsi deux lois s'appliquent par opposition à la femme fiancée et à celle qui ne l'est pas; le mot *non* de la loi 54 s'applique donc au mot *desponsatam*, et non au mot *alienam* qui ne veut pas dire *achetée*, mais qui veut dire *étrangère;* s'il voulait dire *achetée*, il aurait fallu dire *alienatam.*

Le mot *achetée* disparaissant de la loi, il est facile de voir qu'il ne s'agit pas du prix d'une acquisition, mais d'une indemnité étrangère à la *valeur de la femme.*

L'article 1er de la loi 54 prévoit le cas où le père, dont l'autorité a été méconnue, peut reprendre sa fille; le mari la lui rend avec une composition de 80 s.

L'article 2 prévoit le cas où la femme *non desponsata* et mariée, sans payc-

Et c'est ainsi que les dispositions de la loi saxonne qui, sans cette explication se contrarieraient et seraient d'une intelligence difficile, avec elle se concilient et s'entendent clairement.

Elles se contrarieraient, car si d'une part l'une d'elles permet au *litus* du roi d'acheter une femme où il voudra (*ubicumque*),

ment du *mundium*, est morte. Comme le père ne peut plus la reprendre, le mari lui doit une composition, non plus de 80 s., mais de 400.

Enfin le troisième article prévoit le cas où la femme et ses enfants sont morts sans que le *mundium* ait été payé : alors elle ordonne que l'indemnité soit payée *cum weregeldo*, c'est-à-dire par la composition comprenant tout à la fois le *pretium nativitatis* et la *solutio capitis*.

Le *weregelde* était, en effet, la composition payée dans ce double cas : au point de vue du premier, elle était comprise dans le *mundium*; dans le second, elle était la réparation du tort fait à une famille par la privation d'un ou de plusieurs de ses membres.

Le *weregelde* était dû au père de la fille mariée sans son consentement, lorsqu'elle et ses enfants étaient morts, car si elle ne s'était pas mariée, le père aurait eu sa tutelle entraînant la jouissance de ses biens; si elle était morte sans enfants, ses biens lui seraient restés; si les deux époux, même après le payement du *mundium*, étaient morts avant leurs enfants, la tutelle et par conséquent la jouissance des biens auraient appartenu à l'aïeul de ces derniers.

Il était donc juste qu'il retrouvât une indemnité représentant la perte de ces deux avantages; la loi lui donnait dans ce cas et le *pretium nativitatis* et la *solutio capitis*.

C'est ainsi que M. Kœnigswarter le comprend. On lit (à la page 158, *Rev. de lég.*, 1, 1849) : « Chez les Lombards, toute femme, sans exception, avait « son *mundualdus*; la fille avait son père, la femme mariée son époux, la « sœur son frère — ses agnats — et, à leur défaut, *la Cour du roi* qui tenait « la femme en garde; quant au *mundium* de la veuve, il appartenait soit « au fils, soit aux héritiers mâles de son époux, si ses propres parents ou « son second époux ne l'avaient pas racheté.

« C'est cette garde que les Germains achetaient des parents de la future « épouse à l'époque des fiançailles. »

De ceci découlent deux conséquences : la première, c'est que le *mundium* payé aux parents de la fille ne représentait pas un achat; car comment comprendre que le fils et *la Cour du roi* pussent vendre, l'un sa mère, l'autre une femme qui ne lui appartenait à aucun titre et sur laquelle elle ne pouvait exercer qu'un droit de tutelle et de protection?

La seconde, c'est que le *mundium* n'était qu'une indemnité, une compensation de la perte de la jouissance des biens de la femme passant dans une autre famille.

Les mots *emere*, *emptio*, *pretium emptionis*, ne peuvent donc pas signifier *acheter*, *acquisition* ou *achat*, *prix d'achat*; ils veulent dire *jouir des biens*, *jouissance des biens*, *prix de la jouissance des biens*.

elle défend en même temps de vendre la femme; *sed non liceat ullam fœminam vendere.*

Si d'une part encore, l'une d'elles impose à l'époux de la veuve de l'acheter de son tuteur moyennant 300 sous, d'une autre part elle permet aux parents de la femme de l'accorder sans prix à l'époux, en cas de refus du tuteur.

Enfin si, d'une part; elle accorde une composition au père et au mari de la femme enlevée et prescrit au ravisseur d'acheter la femme moyennant une somme de 300 sous, égale à la composition, elle est en cela contraire à ses propres dispositions qui ne prescrivent le payement qu'envers le tuteur ou le père et non à la femme recherchée, et elle permet la dissolution du mariage que l'Église a toujours considéré comme indissoluble.

Ces dispositions s'entendent très-bien si, au lieu d'un achat, ce n'est qu'un indemnité; alors le *litus* du roi peut se marier où il voudra, et cependant la femme restera invendable.

Les parents peuvent donner à l'époux la veuve recherchée, et cela sans indemnité, le tuteur qui, seul, y a droit ne pouvant, par son refus, retenir la femme et ses biens.

Et enfin la femme enlevée peut recevoir 300 sous pour l'indemniser de l'outrage dont elle a été l'objet sans que la loi soit violée en ce qui touche son état perpétuel de pupillarité, sans que le mariage soit rompu, et sans qu'elle passe aux mains du ravisseur à titre d'épouse ou de concubine.

Ainsi les mots *emere*, *pretium emptionis*, contiennent un sens qui constitue une différence très-importante entre le contrat de vente et le contrat précédant le mariage.

Ce contrat perd son caractère *personnel;* la femme lui est étrangère; ce n'est plus qu'une convention purement civile; tandis que si les mots *emere*, *emptio*, *pretium emptionis*, expriment les mots *acheter*, *vente*, *prix de vente*, la femme devient l'objet du contrat, la chose, l'animal, la servante ou l'esclave vendus.

Le mari doit donc être considéré, non pas comme ayant acheté la femme, mais comme ayant donné un prix pour la jouissance et, comme pour le bail, de la fortune de sa femme.

C'est bien ainsi que l'entend Laurière : « Les Français, dit-il « au mot *Communauté*, ont fait quelque avantage à leurs femmes « parce qu'ils jouissaient de tous les biens qu'elles possédaient

« non à titre de dot, comme chez les Romains, mais à titre de « *bail* [1]. »

Et poursuivant cette pensée dans les autres parties de son Glossaire [2], il dit « que le mot *bail* est synonyme de *garde;* « que dans certaines coutumes le *bail* des mineurs nobles ou ro- « turiers appartient tant au père ou à la mère qu'aux collatéraux « qui s'appellent *baillistres.* » Il cite cette circonstance que « le duc de Bourgogne comme *bail* de sa femme a été reçu par « le roi de France *en l'hommage du comté d'Artois* [3]. »

Et il ajoute : « Il résulte de ces autorités que parmi nous « le mari ne jouit pas des biens de sa femme à titre de dot, et » que les fruits des immeubles que la femme apporte en ma- « riage n'appartiennent point au mari comme chef de la com- « munauté, mais seulement comme *baillistre*, ainsi que les « pères et mères ont la jouissance et les fruits des biens de « leurs enfants dont ils ont le *bail* et *garde;* » et il suppose que « il se pourrait bien que le *bail* du mari, comme très-avanta- « geux, aurait été une des raisons qui ont donné lieu à l'éta- « blissement de la société conjugale afin *que les femmes fussent* « *indemnisées.* »

Il est inutile, en présence de cette discussion, de s'arrêter au *wittemon* de la loi des Burgundes, au *metha* de la loi des Lombards et au *reippus* de la loi des Saliens.

Nous n'ajouterons qu'un mot : ce *pretium emptionis* concourait avec la dot de la fiancée, *quidquid de sede paterna secum attulit,* ainsi que le dit la loi des Lombards, en cela d'accord avec la loi des Bavarois, qui dit aussi : *quidquid illa de rebus parentum ibi adduxit.*

On n'achète pas une femme propriétaire et dotée, et cepen-

[1] Laurière, au mot *Communauté de biens*, p. 268.

[2] Au mot *Bail de mariage.*

[3] Au même mot, Laurière cite à ce sujet les coutumes d'Amiens, de Ponthieu, d'Artois et de Cambrai.

En cela il est d'accord avec de la Thomassière, qui, dans son Glossaire, définit le mot *bail*, gardien tuteur, et qui ajoute : le mari est bail de sa femme.

Il cite le mot *bajulatio*, et au mot *Bajulus* on rencontre en synonymies : tutor, *bail*, *bailliste*, et ces mots qui se réfèrent à l'hommage du duc de Bourgogne pour le comté de Flandre qu'il tenait de sa femme : *et le roi l'a reçue en son hommage, et le duc son baron comme bail d'elle.*

Les justifications, à cet égard, pourraient se multiplier à l'infini.

dant on invoque encore la loi anglo-saxonne : la 32e loi d'Æthelbyrth condamne celui qui couche avec la femme d'autrui à lui procurer pour ses deniers une autre femme ; et la 76e loi de ce même prince ordonne que les vierges soient achetées de leurs parents : *si vir virginem mercetur, pretio empta sit* [1].

Mais cette nation ne peut être mise en rapport avec les autres chez lesquelles l'élément romain, ainsi que le reconnaît M. de Savigny, *s'était infiltré* [2] ; César nous apprend que de son temps elle admettait encore la plus odieuse des promiscuités des femmes : *uxores habent deni duodenique inter se communes, et maxime fratres cum fratribus, parentesque cum liberis* [3] ; et c'est pour cela, sans doute, que la loi des Angles et de Warnes n'eut point de disposition sur les fiançailles et le mariage [4].

Un pays civilisé où l'on peut, comme on le fait encore quelquefois aujourd'hui même, conduire la corde au cou la femme au marché et la vendre, aurait bien pu avoir de pareilles coutumes ; mais elle n'a pas duré, car la loi de ce pays a été modifiée par Edmond et abolie par Canut ; et suivant la loi de ce dernier, le mariage de la femme était subordonné à son consentement ; le futur était obligé de lui donner pour don du matin et de transformer ainsi en douaire la somme que celle-ci aurait fixée ; et la dot ou le payement du *mundium* était attribué à la femme et non à son parents [5].

On peut ainsi se résumer sur ce point : les lois barbares codifiées, réformées et singulièment altérées par les rois de la première et de la seconde race, ne sont en aucun rapport avec les mœurs primitives des Germains.

Celle des Anglo-Saxons semblent les seules qui aient pu conserver quelque souvenir des coutumes germaniques dépravées par l'isolement ; elles sont bien différentes de ces lois conser-

[1] M. Troplong, préface du *Contrat de mariage*, p. CI, cite cette loi, et il en tire la conséquence de l'achat de la femme chez les Germains. Nous repoussons cette interprétation en nous fondant sur la considération qui suit immédiatement notre propre citation. (V. Kœnigswarter, *Revue*, t. 1er de 1849, p. 160 et 161.)

[2] *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. II, p. 6.

[3] *Comm.*, liv. V.

[4] V. Lendenbrog.

[5] « Et non cogatur neque uxor neque puella ad eum qui ipsi displicet ; neque pretio ea vendatur, nisi ille aliquid ex propria voluntate dare velit. (Loi 72, *De canut.*)

vées telles qu'elles avaient été transformées par le christianisme et l'influence des institutions romaines *s'infiltrant dans les institutions du moyen âge.*

Et l'on peut ajouter : les formes du mariage, que l'on remonte au temps de Tacite ou que l'on s'arrête aux Codes barbares, n'ont jamais été que symboliques.

Cette proposition a été adoptée par d'illustres savants et entre autres par Grimm, ainsi que le reconnaît M. Kœnigswarter ; mais il la combat en raisonnant dans l'hypothèse du rapt et de l'achat ; et les raisons qu'il donne pour la repousser semblent être celles qui autorisent à l'adopter.

« La haute antiquité de la loi salique, dit-il, le caractère « primitif dont elle porte l'empreinte, et les mœurs peu poli- « cées des Francs lors de la première rédaction de leurs cou- « tumes qui remonte à la première moitié du Ve siècle sont des « arguments qui s'opposent à ce que le prix des fiançailles ait « déjà pu être symbolique à cette époque. »

Cependant on doit remarquer que les nations les moins avancées sont celles qui ont le plus recours au symbole, leurs institutions par leurs imperfections même en vivent ; et la poésie des premiers âges par l'élévation de la pensée, la fraîcheur et quelquefois la sublimité de ses inspirations, fait douter des avantages de la civilisation [1].

On doit remarquer aussi que la loi ripuaire, en fixant la dot à 50 sols, pour le cas où le mari n'aurait rien constitué à la femme, ne fait rien perdre à ces institutions de leur caractère symbolique, car il ne s'agit ici que du prix du *mundium*, ou du *wittemon* ou du *reippus*, et non de la dot ; ou plutôt il s'agit du douaire constitué pour le mari à la femme, car la dot, sous les lois salique et ripuaire, n'était pas exclusive du *mundium* quelque nom qu'il prît ; et elle appartenait à la femme.

Enfin, quelle que soit l'idée que l'on se forme des institutions édictées par les lois barbares, il est impossible de les considérer comme l'image reproduite des institutions des peuples ger-

[1] M. Kœnigswarter prétend, au contraire, que les symboles ne se rencontrent que chez les peuples d'une civilisation avancée (*Développements de la société humaine, Rev. de lég.*, 1, 1849, p. 153). Le livre des *Origines du droit français* de M. Michelet semble réfuter victorieusement cette proposition ; il semble aussi que notre civilisation, dans la pratique, est peu sympathique au système symbolique.

mains et gaulois; ces lois ont perdu leur *naïveté*, le cachet de primordialité qui se montrent dans les récits des historiens; elles exhalent un reste du parfum des *réponses des prudents* et de la scolastique romaine; et réfléchissent, en les parodiant, les solennités du peuple dont les rois chevelus subissaient l'influence, même en recueillant, au temps de sa décadence et de sa destruction définitive, les fruits de ses victoires et de ses fortes et symboliques institutions.

Et de l'examen auquel on s'est livré on tire cette conséquence que, quelle que soit l'opinion qu'on adopte sur l'institution et le régime nuptial des Germains et des Gaulois et sur les rapprochements entre les lois et les coutumes primitives de ces peuples, ni les unes ni les autres ne sont incompatibles avec le régime de la communauté;

Que, loin de là, ce régime est, au contraire, de toute nécessité et par la force et la nature même de la situation de la femme, de l'état de la propriété, des rapports sociaux et de l'association conjugale, celui qui a dû préexister;

Qu'il s'est perpétué, et que lorsque César nous le montre sous son application chez le peuple qu'il venait combattre et qu'il devait vaincre, on doit le considérer tout à la fois comme une dérivation des coutumes primitives et de l'influence exercée par les relations qui se sont établies entre ceux-ci et les colonies grecques et romaines;

En un mot que ce régime *existait* chez les Gaulois; et que comme il s'était transmis des Germains aux Gaulois, il s'est perpétué après la conquête des Francs, et, ainsi, a passé dans les lois de la France féodale et dans celle de la France régénérée par la révolution de 1789.

Nous terminerons cette discussion en essayant de répondre à quelques questions sorties de la plume d'un illustre magistrat.

Suivant M. Troplong, cette opinion n'est pas soutenable :

« Si la communauté, dit-il, était un de ces débris vivaces du « droit celtique, pourquoi ne se serait-il maintenu que dans le « pays coutumier? Pourquoi pas aussi dans le pays du centre « et du midi? Pour quelle raison aurait-elle absolument péri ici, « tandis que là elle aurait poussé des racines qui auraient étouffé « le régime dotal [1]? »

[1] Préface du *Contrat de mariage*, p. XCIX.

A la première question, on répondra : Parce que l'élément celtique était concentré dans le pays de la langue d'oil [1].

A la seconde : C'est ici que se révèle la grandeur de l'empire que les barbares mêmes étaient effrayés de détruire [2].

Cette question que se pose le grand écrivain n'est pas nouvelle; Montesquieu explique au chapitre 4 du livre XXVIII : *comment le droit romain se perdit dans le pays du domaine des Franks, et se conserva dans le pays du domaine des Goths et des Bourguignons.*

Mais avant de le suivre dans la solution de ce problème, il est bon de jeter un coup d'œil sur le sentiment que causait aux barbares leur propre victoire.

Après la conquête de César, l'indépendance nationale était perdue; mais les formes de la nationalité ne furent pas détruites immédiatement [3].

Cette proposition de M. Henri Martin pourrait être modifiée : les formes de la nationalité continuèrent de subsister dans la classe inférieure de la nation gallo-romaine; c'est là une des consolations du faible; dans son dédain le vainqueur lui laisse ses mœurs et ses coutumes qui sont ses lois; les hautes classes attirées par les faveurs du pouvoir nouveau abandonnent presque aussitôt après la victoire leur nationalité, leurs mœurs, leurs coutumes et leurs lois.

C'est ce qui arriva dans la Gaule celtique; le régime romain s'introduisit dans les cités, et les familles aristocratiques furent entièrement soumises aux lois de Rome.

Il n'en fut pas ainsi de la plèbe; et c'est surtout pour elle qu'on a pu dire que César respecta l'organisation intérieure, les mœurs, les coutumes et la religion.

Les efforts du successeur du conquérant se dirigèrent bientôt dans une autre voie; mais le peuple est tenace, et il ne put effacer la vieille nationalité dans ses caractères apparents; elle se réfugiait au cœur du peuple, toujours plus fidèle que les

[1] M. Troplong s'exprime ainsi, page XCVII de la préface du *Contrat de mariage* : » Il faut voir maintenant le système des pays coutumiers.

« Là l'invasion des Francs avait pénétré d'une manière plus profonde que « dans les contrées conquises par les Wisigoths et les Burgundes. »

[2] Alarik sembla épouvanté de son triomphe, et n'osa rester dans Rome: (Henri Martin, *Histoire de France*, vol. Ier, p. 341.)

[3] Henri Martin, *Histoire de France*, vol. Ier, liv. V, p. 191.

hautes classes aux instincts patriotiques, et surtout plus rebelle aux innovations apportées de l'étranger [1].

Ce fut en vain que dans quelques provinces de l'est on changea les noms gaulois en noms latins, qu'on substitua la langue latine à la langue nationale, et qu'on alla jusqu'à établir une origine commune aux Latins et aux Gaulois en divisant la troupe des Troyens fugitifs sous la conduite d'Énée en deux parties, l'une ayant peuplé le *Latium*, l'autre la Gaule vide d'habitants [2].

Ce fut en vain qu'on répandit le polythéisme en chassant les druides ; que les temples remplaçèrent, pour le culte des dieux du paganisme, les sombres forêts où s'exercait celui des Gaulois indépendants ;

Que les villes se couvrirent de constructions et de monuments romains ; que le costume fut changé et que les lettres et les arts de l'empire en décadence vinrent assombrir la gaieté des anciens Gaulois ; le peuple resta étranger à ce mouvement, qui sembla convertir l'aristocratie plus qu'il ne la convertit en effet.

Le calme était partout à quelques troubles accidentels près, et douze cents soldats romains suffirent à tenir la Gaule sous la domination du vainqueur ; mais on savait que plusieurs armées la surveillaient à la frontière.

Un jour les Wisigoths et les Germains attaquèrent l'empire.

Ces peuples et les Gaulois étaient de commune origine ; on a été jusqu'à rechercher la conformation de leur tête pour établir ou rejeter ce lien de parenté ; et bien que les Germains eussent la tête carrée et non plus ronde comme chez les Gaëls [3], il n'en a pas moins été admis ; mais sans s'arrêter à cette difficulté anatomique, il faut tenir pour certain que les Gaulois étaient descendants des hordes germaniques qui avaient envahi le pays qu'ils occupaient.

Les Germains qui leur ont succédé dans la conquête du même territoire se divisaient en Burgundes, Wisigoths et Francs ; les deux premières races se manifestèrent avant la dernière pour tomber sous son joug.

[1] Henri Martin, *Histoire de France*, vol. Ier, p. 204.

[2] Hoffman ; Henri Martin, vol. Ier, p. 202 et 203.

Cette fable a été propagée par un assez grand nombre d'écrivains de la renaissance. V. Lemaire, *Histoire de la ville et du duché d'Orléans*.

[3] Henri Martin, vol. Ier, p. 206, à la note 3e.

Leur communauté d'origine est unanimement acceptée; mais il faut convenir que, de même que le temps avait singulièrement altéré les rapports de famille entre les Germains et les Gaulois, de même il avait singulièrement relâché le lien de parenté entre les Burgundes et les Wisigoths.

Rome devait succomber; Alaric la prenait d'assaut le 24 août 410. Comment le farouche vainqueur ne prit-il pas possession de la capitale qu'il venait de conquérir? Il fut comme épouvanté de son triomphe, dit un moderne historien [1].

En 412, le successeur d'Alaric prenait possession de la Viennoise et de la seconde Narbonnaise, mais il y venait comme Romain et non comme vainqueur; sous le double entraînement que lui inspiraient son amour pour la civilisation romaine et celui qu'il avait conçu pour la princesse Placidie [2], il accepta les lois de la ville à laquelle il aurait pu imposer les siennes.

C'est à l'aide de ce revirement inattendu que les barbares s'étendirent dans la Gaule orientale, et la possédèrent jusqu'à Clovis et même après sa conquête.

Qui n'accepterait cette version justifiée par les faits les plus persévérants, que la « barbarie germaine s'inclinait avec respect devant l'ancienne grandeur et la civilisation nouvelle de « Rome? » Les preuves se multiplient à toutes les pages de l'histoire de ces temps.

C'est ainsi qu'Alaric se retira de Rome sans oser l'occuper; qu'Ataulf disait qu'après avoir eu l'occasion de détruire jusqu'au nom romain [3], il avait pris le parti de rétablir l'empire dans son intégrité, et d'augmenter sa puissance; que Théodorik, petit-fils d'Alarik continua la politique d'Ataulf, et que, vainement, Vallia, le successeur de ce dernier, en étendant son pouvoir dans la Gaule orientale, exerça une tyrannie passa-

[1] Passage déjà cité.

[2] Elle était sœur de l'empereur Honorius, avait été faite prisonnière des Wisigoths au lac de Rome; elle poussa son amant à se rapprocher de son frère; elle épousa Ataülf, à Narbonne, en l'année 414. Ce fut pour ainsi dire la société romaine qu'il épousa; dans la cérémonie nuptiale il se montra vêtu à la romaine. La majesté de l'empire, dans sa profonde décadence, frappait d'admiration et de terreur le successeur d'Alarik; il semblait craindre qu'une si grande ruine, en tombant, n'écrasât le monde. (Henri Martin, t. Ier, p. 344.)

[3] Henri Martin, *eod. loc.*

gère; les lois et les mœurs n'en perdirent pas leur influence[1].

Le christianisme marchait, préférant encore au régime de l'administration romaine épuisée et vacillante dans la voie de la religion nouvelle, la domination des barbares; mais il resta Romain sous les barbares, parce que ceux-ci se faisaient Romains en même temps qu'ils se faisaient chrétiens.

C'est ainsi que les Burgundes ayant envahi la partie de la Gaule s'avançant depuis Langres jusqu'aux rives de la Saône et du Rhône ne changèrent pas les lois de Rome, qu'ils respectèrent ses institutions, et s'assimilèrent aux Romains autant qu'ils le purent.

Enfin c'est ainsi que Théodoric, roi des Ostrogoths, après qu'il eut conquis la Provence et une partie du royaume des Burgundes, écrivait aux habitants de la province des Gaules : « Soumettez-vous avec plaisir à la puissance romaine *qui vous* « *est rendue après un si long temps*, car il est agréable de reve- « nir à ce qui a porté si haut vos ancêtres; c'est pourquoi rap- « pelés, avec l'aide de Dieu, à votre antique liberté, reprenez « les mœurs romaines. » Et lorsqu'il écrivait aux gouverneurs de ses provinces : « Fais en sorte, disait-il à chacun d'eux, « d'arriver dans la province fatiguée comme un bon juge, de « manière à ce qu'elle reconnaisse en toi un homme envoyé « par un *prince romain*.... Fais qu'elle se réjouisse d'avoir été « vaincue et qu'elle n'éprouve rien de ce qu'elle souffrait quand « elle regrettait de n'être plus romaine[2].

C'est donc avec raison qu'on a pu dire de ces provinces vaincues : « Ce changement de maîtres n'amena pas une aussi « grande perturbation qu'on pourrait le croire dans l'état de « la race gallo-romaine. Sans doute il fallut que les propriétaires gallo-romains partageassent leur terres avec les barbares; mais pour prix de leur cession qui leur laissait encore « une bonne partie de leurs vastes domaines, ils gardaient leur « nom romain, *leurs lois*, leurs dignités, *leurs magistratures*,

[1] Armand Rivière, *Histoire des biens communaux en France*, ouvrage couronné par l'Académie des inscriptions et belles-lettres, p. 113 : « Un seul « conquérant, Ataulph (ou Ataülf), essaya de transformer la *Romanie* en « *Gothie;* mais il échoua dans cette entreprise, et, voyant qu'il ne pouvait « pas changer les institutions, il voulut, au moins, avoir la gloire de tra- « vailler à leur restauration. »

[2] Armand Rivière, *Histoire des biens communaux en France*, chap. 2, p. 109.

« en un mot leur autonomie, autant qu'elle pouvait se concilier « avec l'anarchie causée par les luttes des barbares entre eux « et par les caprices des vainqueurs[1]. »

Ainsi le respect du nom romain, des institutions et de la civilisation romaines, tel est le spectacle imposant qui révèle au monde la chute de ce puissant empire; et ce spectacle, en même temps qu'il est désolant puisqu'il atteste l'insuffisance des plus grandes conceptions humaines impuissantes à résister à la force indisciplinée de bandes errantes et féroces, atteste aussi la tendance invincible de l'homme vers la règle, l'ordre et la liberté régie par les lois, puisque nous voyons le destructeur se ranger sous la loi de celui dont il a détruit l'empire, et qu'on a pu dire de Rome et de la Gaule romaine elle-même ce qu'on a pu dire de la Grèce : *Capta ferum victorem cepit.*

Et lorsque les Francs vinrent superposer leur victoire sur celle des Germains qui les avaient précédés, ils étaient animés du même sentiment de respect pour cette antique renommée du peuple romain, pour ses lois conservées par le clergé chrétien qui, par la gravité de l'attitude, l'énergie du caractère, la majesté des rites et la magnificence des costumes, rappelait à ces barbares la grandeur du sénat romain, celle de la civilisation et des lois de Rome.

Les *Romains,* ainsi que les barbares nommaient tous les anciens sujets de l'empire, continuèrent de vivre sous la loi romaine, du moins dans leurs rapports entre eux; et les Francs sous la coutume salique *qui reçut des modifications analogues à la nouvelle situation des Saliens*[2].

Ces prémisses posées, il est temps, pour la solution du problème que M. Troplong a formulé dans les termes rapportés plus haut, de revenir à la réponse de Montesquieu.

L'auteur de l'*Esprit des lois*, après avoir établi cette proposition : que le pays qu'on appelle aujourd'hui la France fut gouverné, dans la première race par la loi romaine et le Code Théodosien et par les diverses lois des barbares qui y habitaient, se pose cette question : « Mais pourquoi les lois saliques « acquirent-elle une autorité presque générale dans le pays des « Francs, et pourquoi le droit romain s'y perdit-il, peu à peu,

[1] Le même au même lieu, p. 108.
[2] Henri Martin, t. Ier, p. 428.

« pendant que dans le domaine des Wisigoths le droit romain « s'étendit et eut une autorité presque générale [1] ? »

Il y répond ainsi : « Je dis que le droit romain perdit son « usage chez les Francs à cause des grands avantages qu'il y « avait à être Franc, barbare ou homme vivant sous la loi sa- « lique ; il fut seulement retenu par les ecclésiastiques, parce « qu'ils n'eurent point d'intérêt à changer : ils n'en recevaient « aucun préjudice, et il leur convenait d'ailleurs *parce qu'il « était l'ouvrage des empereurs chrétiens* [2].

Mais bientôt les peuples de commune origine que les liens de tant de souvenirs devaient réunir et rapprocher, qu'une même croyance, d'autant plus ardente qu'elle était nouvelle, devait confondre en un seul et même peuple, se trouvèrent divisés par cette croyance elle-même ; la race franque et la race gothique se trouvèrent en présence, non plus comme ennemis politiques et animés par une haine nationale, mais par celle qu'inspire l'esprit de secte.

Clovis commença l'attaque qu'il dirigeait contre l'arianisme par essayer la conquête de la Gaule orientale ; « il voyait avec « chagrin que ces Goths d'Orient possédassent une excellente « partie de la Gaule, » et il résolut de détruire leur domination.

On sait quelle fut l'issue de cette grande entreprise ; mais on ne s'est peut-être pas assez appesanti sur son résultat.

Ce résultat au point de vue politique fut immense, il fut nul au point de vue administratif.

Le roi franc n'avait pas l'instinct de l'organisation ; il créa des délimitations, mais il laissa au milieu des circonscriptions sur lesquelles il étendait sa domination plus nominale qu'effective, la séparation primitive entre le vainqueur et le vaincu. Cette séparation fut plus grande encore après la conquête qu'elle ne l'était avant ; on a remarqué avec raison que les Francs ne se fixèrent au midi de la Loire qu'en bien petit nombre, tandis qu'au contraire ils s'étaient établis par milliers sur la Somme, l'Aisne et la Seine [3] ; et les Wisigoths assservis restèrent plus que jamais attachés à l'hérésie d'Arius et aux lois romaines.

Cette conduite des Francs a été attribuée à ce qu'ils attachaient moins de prix à la terre qu'au riche butin qu'ils emportèrent

[1] *Esprit des lois*, liv. XXVIII, chap. 4.
[2] Le même au même lieu.
[3] Henri Martin, vol. Ier, p. 456.

avec eux dans leurs demeures du nord, et l'on a pensé que le sol, dans un temps peu éloigné, retourna en grande partie aux descendants, ou du moins aux compatriotes de ses anciens possesseurs [1]. Ainsi, ajoute un historien, dans les régions au midi de la Loire, l'invasion franque affaiblit plutôt qu'elle ne fortifia l'élément barbare [2].

Tout s'explique et s'éclaircit.

A la haine du conquérant et du chrétien farouche qui voulait, comme Mahomet l'a voulu dans la suite, convertir par le sabre, venait se joindre la supériorité des lois romaines sur les lois salique, ripuaire et gombette.

Cette double circonstance explique la persistance des peuples vaincus dans leur obéissance à la loi romaine, et aussi comment, loin de l'abandonner, ils en ont exagéré la pratique; et comment, plus le régime de la communauté faisait invasion dans la Gaule celtique soumise à la domination franque, plus ils s'attachaient au régime dotal comme au plus puissant moyen qui devait assurer la séparation des deux races.

Il est vrai, cependant, que l'hommage aux lois, aux usages et à la constitution politique de Rome dura longtemps, chez la race franque, après la conquête de la partie orientale de la Gaule.

Clovis, à son retour de son expédition contre les Wisigoths, fit une entrée dans la ville de Tours qui simula le triomphe des héros de l'ancienne Rome; il y fut qualifié de consul et d'Auguste; tous les gouvernements, les évêchés, les fonctions publiques, furent confiés, non à des Francs illettrés, mais à des Gallo-Romains. La langue latine fut consacrée aux actes publics et judiciaires; les formules des lois romaines s'introduisirent dans les lois barbares, et les successeurs de Clovis imitèrent son exemple.

Et cependant le droit romain périt bientôt, et les lois barbares furent les seules auxquelles la Gaule celtique resta soumise. Comment ce grand mouvement s'opéra-t-il? Montesquieu nous l'apprend : « Dans le patrimoine des Wisigoths, la loi « wisigothe ne donnant aucun avantage civil aux Wisigoths « sur les *Romains*, les *Romains* n'eurent aucune raison de « cesser de vivre sous leur loi pour vivre sous une autre; ils

[1] *Histoire des biens communaux.*

[2] Henri Martin, vol. Ier, p. 456.

« gardèrent donc leur loi, et ne prirent point celle des Wisi-« goths [1]. »

Il semble que Montesquieu aurait dû ajouter que les Wisigoths, eux-mêmes, se soumirent aux lois romaines, et que loin de vouloir les remplacer par leurs propres lois, ils leur rendirent une vigueur que le temps et les révolutions avaient altérée.

Il continue : « Le droit romain subsista dans la Bourgogne « pour régler les différends que les *Romains* pouvaient avoir « entre eux : ceux-ci n'eurent point de raison pour quitter leur loi « comme ils en eurent dans le pays des Francs, d'autant mieux « que la loi salique n'était point établie en Bourgogne. »

Il poursuit : « Le droit romain et la loi gothe se maintinrent de « même dans le pays de l'établissement des Goths; la loi sali-« que n'y fut jamais reçue [2]. »

Voilà pour l'origine des choses.

Mais déjà sous Pépin et Charles-Martel, les pays conquis par les Sarrasins et purgés de cette nouvelle invasion du midi qui cherchait à faire refluer l'invasion du nord, demandèrent et obtinrent la conservation de leurs lois; et Montesquieu se reportant à l'édit de Piste (864), y découvre « qu'on distinguait dès « cette époque les pays dans lesquels on jugeait par le droit « romain d'avec ceux où l'on n'y jugeait pas [3]. »

Quels sont les motifs de ce défaut d'unité, origine de la persistance du droit romain, dans les pays qui lui avaient été originairement soumis, et de la chute de ce droit chez les peuples nouveaux auxquels le clergé chrétien aurait voulu le faire adopter?

Ces motifs sont nombreux; à ceux que nous avons déjà signalés il faut ajouter celui tiré du caractère respectif des lois romaines et barbares.

Les premières étaient réelles et territoriales, les autres étaient purement personnelles.

Dans le pays conquis par les Francs, mais dans lequel ils ne

[1] Liv. XXVIII, chap. 4.

[2] Au même lieu.

[3] Au même lieu. « Ainsi, ajoute Montesquieu, la distinction des pays de « la France coutumière et de la France régie par le droit écrit, était déjà « établie du temps de l'édit de Pistes. »

Cet édit est celui qui autorisa l'hérédité des fiefs.

s'appliquèrent pas à organiser la conquête, on s'attacha à la loi ancienne comme réelle et territoriale, pour se séparer du vainqueur.

Dans le pays où la domination franque s'établit définitivement tout d'abord, la loi était toute personnelle.

Aussi la distinction entre le pays conquis où la loi romaine était en vigueur et celui où elle n'était pas suivie signifie « que « dans les pays qui n'étaient pas du droit romain, tant de gens « avaient choisi de vivre sous quelqu'une des lois des peu- « ples barbares qu'il n'y avait plus personne, dans ces contrées, « qui choisît de vivre sous la loi romaine; et que dans le « pays de la loi romaine, il y avait peu de gens qui eussent « choisi de vivre sous la loi des peuples barbares [1]. »

Et en effet, comme la loi barbare établissait une différence tyrannique entre les Francs et les *Romains*, il ne put y avoir longtemps de *Romains;* « tout le monde avait avantage à devenir « franc, et tout le monde le devint. « Sans cette circonstance énorme, on ne craint pas de le dire, la Gaule aurait reconquis sa nationalité et absorbé l'élément germanique.

Ce qui arriva en Espagne le prouve bien, puisque la loi romaine n'y succomba que parce qu'elle y fut proscrite [2]. La loi salique, par un moyen moins direct, mais collatéral, obtint le même résultat [3].

Mais bientôt survint l'établissement des fiefs qut entraîna avec lui et les lois barbares et le droit romain; et la France se trouvant divisée et morcelée en une infinité de petites seigneuries qui reconnaissaient plutôt une dépendance féodale qu'une dépendance politique, il était bien difficile qu'une seule loi put être autorisée; et en effet on n'aurait pas pu la faire observer [4].

Ce fut alors que s'introduit le servage, la vie au même feu et au même chanteau, et cette diversité de *coutumes*, de *mœurs* et d'*usages* qui se substituèrent aux souvenirs de la loi romaine abandonnée pour la loi des barbares, et à celle-ci elle-même.

[1] *Esprit des lois*, liv. XXVIII, chap. 4.

[2] *Esprit des lois*, liv. XXVIII, chap. 7.

[3] Nulle dignité, nulle fonction n'est interdite à un *Romain;* mais si haut qu'il parvienne, il ne vaudra jamais que la moitié d'un Frank ou d'un Barbare de condition analogue à la sienne. (Henri Martin, t. Ier, p. 440.)

[4] *Esprit des lois*, liv. XXVIII, chap. 19.

Enfin arriva l'invasion des Normands, peuple inaccessible à toute autre séduction que celle du pillage, et qui répandit les ténèbres de la plus sombre barbarie aux mêmes lieux où les précédents barbares avait au moins témoigné de leur aptitude à la civilisation par leur respect pour la grandeur et la civilisation du peuple romain [1].

Alors disparurent et les lois et les dernières traces de ces temps et de ces traditions qui avaient illuminé les peuples soumis à la domination universelle de Rome; les Normands ignoraient jusqu'au nom de la ville éternelle; à partir de ce moment tout est perdu pour les peuples, et le dernier souffle de leur existence intellectuelle et le dernier souffle de leur existence politique s'exhalent dans ce cataclysme effrayant. La féodalité règne et les lois disparaissent, mais aussi l'état primordial de la famille se reconstitue dans l'obscurité de la glèbe, dans la vie de servage avec tous ses besoins, tous ses instincts et ses tristes consolations; et revenus à leur point de départ, les peuples gémissant sous ces institutions, retournent aux institutions des peuples primitifs.

Il est vrai que l'établissement féodal envahit aussi bien la Gaule orientale et méridionale que la Gaule occidentale et septentrionale; mais il ne faut pas perdre de vue qu'il trouva la première partie de la monarchie encore sous l'influence absolue de ces lois, tandis qu'il trouva la seconde courbée sous les lois des barbares; que la séparation des deux parties de la nation, maintenue par la différence des lois, l'était encore par cette circonstance que l'élément franc avait exercé son empire dans la partie de la Gaule septentrionale et occidentale; que la partie orientale et méridionale a peu souffert de l'invasion des Normands qui s'est surtout exercée sur les rivages de la mer du Nord et sur ceux de la Seine et de la Loire; enfin que la féodalité, malgré sa puissance, n'a pu détruire les lois en vigueur, mais qu'elle n'a eu qu'un pouvoir légiférant négatif, acceptant toutes les lois, c'est-à-dire les mœurs et les coutumes aux lieux

[1] Les règnes malheureux qui suivirent celui de Charlemagne, les invasions des Normands, les guerres intestines, replongèrent les nations victorieuses dans les ténèbres dont elles étaient sorties; on ne sut plus lire ni écrire. Cela fit oublier, en France et en Allemagne, les lois barbares écrites, le droit romain et les capitulaires. (*Esprit des lois*, liv. XXVIII, chap. 11.)

où les lois avaient disparu, et les lois existantes aux lieux où elles étaient encore en vigueur.

Tout était, en effet, admirablement préparé pour le triomphe exclusif des coutumes dans le pays déjà connu sous la dénomination de la langue d'Oil, par l'introduction des lois barbares et la chute du droit romain.

Ces lois insuffisantes présentaient d'immenses lacunes; personnelles à leur origine, elles ne devenaient territoriales qu'à mesure de leur application exclusive; et quand cette application fut devenue définitive, il fallut combler ces lacunes par des capitulaires qui, eux-mêmes devenus insuffisants, donnaient ouverture à l'application des coutumes et des usages.

« Ainsi, dit Montesquieu [1], il y avait dans chaque lieu une « loi dominante et des usages reçus qui *servaient de supplément* « à la loi dominante lorsqu'ils ne les choquaient pas. »

« Du temps du roi Pépin, ajoute-t-il, les coutumes qui s'é« taient formées avaient moins de force que les lois; mais « bientôt les coutumes détruisirent les lois; et comme les nou« veaux règlements sont toujours des remèdes qui indiquent un « mal présent, on peut croire que du temps de Pépin on com« mençait déjà à préférer les coutumes aux lois. »

La France méridionale était donc moins étrangère aux lois territoriales; elle avait conservé la tradition du Code Théodosien; il est vrai qu'il « ne resta, jusqu'à ces provinces que le « nom de pays de droit romain ou de droit écrit, que cet « amour que les peuples ont pour leur loi, surtout quand ils la « regardent comme un privilége; mais c'en fut assez pour pro« duire cet effet que, quand la compilation de Justinien parut, « elle fut reçue dans les provinces des domaines des Goths et « des Bourguignons comme loi écrite, au lieu que dans l'an« cien domaine des Francs, elle ne le fut que comme raison « écrite [2]. »

Les traditions du droit romain effacées dans le pays du droit coutumier n'ont pu y reparaître, tandis que dans le pays où l'élément celtique avait d'abord disparu pour faire place au droit romain, la tradition vivante de ce droit au cœur des populations s'est réveillée avec une activité prodigieuse que l'ancienne

[1] Liv. XXVIII, chap. 12.
[2] *Esprit des lois*, liv. XXVIII, chap. 8.

séparation, les anciennes haines qui divisaient les deux contrées ont rendue plus vive encore.

Dans le pays coutumier, la misère a été plus grande, la féodalité plus oppressive, la terre plus ingrate, le climat moins favorable aux souvenirs des temps passés; dans le pays du droit écrit, la féodalité a été moins oppressive, la terre plus féconde, le climat plus favorable à la méditation et à l'étude; aussi pendant que la France occidentale était plongée dans l'engourdissement du régime féodal, la Provence était l'asile des lettres et des travaux de l'imagination, la terre du gai savoir, des Trouvères et des ménestrels.

Elle a été aussi moins tourmentée par les guerres des rois et des grands tenanciers, par les guerres religieuses, par les invasions. Éloignée de Paris, où se sont toujours et dans tous temps agitées les factions aristocratiques et populaires, elle n'a pas eu à gémir comme le pays du droit coutumier de ces émotions violentes qui jetaient la terreur dans tous les esprits, la dévastation et le pillage dans les campagnes; elle a joui de longs loisirs, si l'on compare les événements dont elle a été le théâtre à ceux qui se sont passés sur cette triste terre de la langue d'Oil, dont l'histoire réveille tant de cruels souvenirs.

Voilà comment il est arrivé que le régime dotal a prévalu dans le pays de la langue d'Oc, et comment le régime de la communauté a poussé dans l'autre partie de la France des racines qui ont étouffé le régime dotal, quoique, cependant, la communauté fût un débri vivant du droit celtique, et précisément parce qu'il avait ce caractère et cette origine.

EUGÈNE BIMBENET.

ÉTUDE SUR LES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

Par M. SÉVIN, conseiller à la Cour de cassation.

SIXIÈME ARTICLE [1].

Des cessions et subrogations de l'hypothèque légale de la femme (*suite*).

IV. La loi du 23 mars 1855, en exigeant, par son article 9, que le cessionnaire de l'hypothèque légale de la femme, pour

[1] V. t. XX, p. 535.

être saisi à l'égard des tiers, fasse faire à son profit l'inscription de cette hypothèque, ou la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante, a donné lieu à des difficultés dans la pratique, et même à des contestations qui ont compromis des intérêts respectables.

Déjà, avant la loi de 1855, on s'était demandé dans quelle forme devait être inscrite la subrogation d'un créancier dans l'hypothèque légale de la femme. Entre plusieurs subrogés, la préférence appartenait-elle à celui qui avait requis l'inscription de l'hypothèque légale et la mention de sa subrogation dans cette hypothèque, au regard de celui qui se serait borné, conformément à une pratique généralement suivie, à faire inscrire son hypothèque conventionnelle contre le mari et la femme, en mentionnant dans son bordereau la subrogation consentie par celle-ci à son profit?

M. Paul Pont, qui constate et approuve cette pratique (nos 449 et 781), s'étonne de la voir condamnée par un arrêt de la Cour de cassation du 4 février 1856 (S., 56, 1, 225). Et en effet, que peut-on raisonnablement exiger d'un créancier, subrogé dans une hypothèque qui subsiste indépendamment de l'inscription, dans une hypothèque dont il ne connaît ni l'importance, ni la date, ni les titres originaires ? Ne doit-on pas dire qu'il a satisfait à ce que prescrit l'article 2153, sur l'inscription des hypothèques légales, lorsqu'il a dit que par *tel* acte, il a été subrogé, jusqu'à concurrence de *telle* somme, dans les droits indéterminés d'hypothèque légale de *telle* femme contre son mari ? Et que peut-il dire de plus, lui qui ne connaît ni le contrat de mariage, ni les apports, ni les reprises de sa débitrice ? Que dirait-il de plus, en formulant autrement sa réquisition, en disant qu'il demande l'inscription de l'hypothèque légale de *telle* femme contre son mari, et mention de sa subrogation dans cette hypothèque ? Pure différence de mots : querelle de style et de formulaire.

L'arrêt du 4 février 1856 est un arrêt de rejet, rendu par la chambre civile. Le pourvoi avait donc été admis par la chambre des requêtes, et je dois dire que l'admission avait été prononcée sans difficulté, conformément à un précédent arrêt de la même Chambre du 13 novembre 1854 [1]. Aussi, les arrêtistes

[1] S., 55, 1, 193.

font-ils remarquer que l'arrêt de 1856 établit une sorte d'antagonisme entre les deux chambres de la Cour [1].

Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence a conduit à une nouvelle difficulté, sous la loi du 23 mars 1855.

Le créancier subrogé fait inscrire, on le veut, l'hypothèque légale de sa débitrice, et sa mention de subrogation. Mais, lorsqu'il est payé, lorsqu'il donne mainlevée, qu'arrivera-t-il? Le bon sens paraît indiquer que tout est fini par là ; que le créancier n'a été subrogé dans l'hypothèque légale que jusqu'à concurrence de la somme qui lui est due ; qu'il n'a fait inscrire cette hypothèque que dans son intérêt, et pour sûreté de cette même somme ; que cette somme payée, cette créance éteinte, tout doit être rayé des registres hypothécaires ; que c'est comme si le mari n'avait jamais emprunté, comme si la femme ne l'avait jamais cautionné.

Non, disent les conservateurs des hypothèques : le créancier subrogé n'est pas tenu seulement à faire inscrire sa subrogation, il doit faire inscrire l'hypothèque légale de la femme ; il l'a fait inscrire, elle existe sur les registres, avec son caractère général, indéterminé. Cette hypothèque subsistera donc au profit de la femme, malgré la mainlevée que donnera le créancier, et nous ne radierons sa subrogation qu'en maintenant sur nos registres l'hypothèque légale de la femme.

Cette prétention, a-t-on dit, est le renversement de tous les principes sur lesquels repose le régime hypothécaire. Un créancier de la femme, pour la somme la plus minime, aura donc pouvoir de grever les biens du mari d'une inscription indéfinie, de mettre ainsi l'interdit sur tous ces biens, par une formalité accomplie dans son intérêt, pour la conservation de sa modique créance ! Et ce qu'il aura fait, il ne pourra plus le défaire ! Et cette hypothèque légale sera d'une nature tout autre que ne l'a voulu la loi ; car elle ne pourra être purgée ; car elle subsistera malgré la volonté de la femme, qui n'a pas demandé qu'elle fût inscrite, qui ne pourra pas, par son silence lors de la purge, comme c'est son droit, rendre à son mari la liberté d'action dont elle n'a pas voulu le priver.

Malgré cela, la Cour de cassation, dominée sans doute par

[1] V. les développements de cette controverse dans l'ouvrage de M. Paul Pont (nos 780-791).

son arrêt de 1856, a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Amiens du 31 mars 1857 (S., 57, 2, 627), qui avait donné raison aux prétentions du conservateur; arrêt vivement critiqué par M. Paul Pont dans la revue critique de législation (juillet 1857). L'arrêt de rejet a été rendu par la chambre des requêtes [1]; mais la question est aujourd'hui pendante à la chambre civile, et elle paraît avoir ému le monde des affaires : le notariat réclame, au nom des intérêts qu'il est chargé de défendre, et prétend que le maintien de la jurisprudence nouvelle jetterait la perturbation dans les transactions les plus usuelles et les plus nécessaires.

La jurisprudence ne pourrait-elle pas être aidée par un mot du législateur [2]?

Questions diverses sur l'hypothèque légale des femmes.

Il serait besoin aussi de quelque explication officielle sur plusieurs points qui divisent les jurisconsultes et les tribunaux.

I. Depuis que le Code Napoléon existe, on s'est disputé sur le sens de ces mots de l'article 2135 : *à compter du jour du mariage.* — Est-ce le jour de la célébration du mariage devant l'officier de l'État civil? Est-ce le jour du contrat notarié constatant les conventions civiles des futurs époux?

L'article 2135 paraît clair; mais les articles 2194 et 2195 ont semblé l'obscurcir, en parlant du *contrat du mariage,* et en faisant remonter à la date de ce contrat l'inscription prise pour conserver les hypothèques légales des femmes mariées. On a rapproché de ces expressions ce qui se jugeait dans l'ancien droit; et une opinion mitoyenne s'est fait jour dans ces derniers temps qui fixait le point de départ des droits de la femme au contrat de mariage, quant il y en avait un (art. 2194 et 2195); au mariage célébré quand il n'y avait pas de contrat (art. 2135): C'était une conciliation essayée entre deux textes qui se posent en apparence comme contradictoires.

[1] 2 juin 1858. — S., 58, 1, 433.

[2] Cela n'est plus nécessaire. Depuis notre travail, un arrêt formel de la chambre civile, du 5 février 1861, au rapport de M. Glandaz, a décidé la question contre la prétention des conservateurs des hypothèques. (S., 61, 1, 209.)

Les avis, dans l'enquête de 1841-1844, furent assez divergents.

Si la Cour de Rennes [1] se prononçait pour *le jour du mariage*, et pensait que les articles 2194 et 2195 n'avaient pas voulu dire autre chose [2], la Cour d'Agen [3] reconnaissait que la jurisprudence faisait remonter l'hypothèque légale de la femme au jour de la passation du contrat de mariage, et proposait seulement de fixer un délai (trois mois) après lequel, si le mariage ne suivait pas, l'hypothèque ne prendrait date que du jour de la célébration.

Les Cours d'Amiens [4], d'Angers [5], de Grenoble [6], de Pau [7]. La faculté de droit de Dijon [8] se prononçaient pour le jour de la célébration du mariage;

Les Cours de Metz [9], de Montpellier [10], de Rouen [11], pour celui du contrat, quand il y en avait un : la Cour de Montpellier réduisait à quinze jours le délai de trois mois proposé par la Cour d'Agen.

Le projet proposé en 1849 par le gouvernement adoptait la première opinion, et ajoutait (art. 2142) à la rédaction de l'article 2135 : *à compter du jour de la célébration du mariage.* — Le conseil d'État se prononçait dans le même sens (art. 2126).

C'est aussi la solution qu'adopte M. Paul Pont (n° 753). Mais comme on trouve dans le camp opposé les opinions d'auteurs très-respectables [12], il serait bon que la loi, par un mot, fît cesser la controverse.

II. La première disposition de l'article 2135 ne fixe au jour du mariage la date de l'hypothèque légale des femmes que pour leur dot et conventions matrimoniales.

[1] *Doc. hyp.*, 3, 488.

[2] Le mot *contrat*, dit cette Cour, est évidemment pris dans l'article 2194 dans le sens du *mariage contracté*.

[3] *Doc. hyp.*, 2, 143.

[4] *Ibid.*, 2, 170.

[5] *Ibid.*, 2, 183.

[6] *Ibid.*, 2, 250.

[7] *Ibid.*, 2, 332.

[8] *Ibid.*, 2, 389.

[9] *Ibid.*, p. 278.

[10] *Ibid.*, 2, 286.

[11] *Ibid.*, 2, 366.

[12] MM. Tarrible (*Rép.*, v° *Inscription*, § 3, n° 8) ; — Troplong (n°s 759 et suiv.) ; — Bénoit, t. II, n° 47) ; — Wolowski (*Revue de législ.*, t. I, p. 278).

Le Code ne s'est pas expliqué sur plusieurs autres causes de créances ou de recours contre les maris.

Si, pour les successions échues à la femme, il accorde hypothèque du jour de l'ouverture des successions (ce qui a pu paraître exagéré, et disparaîtrait par l'adoption des mesures proposées pour faire inscrire d'office les hypothèques résultant de sommes touchées par les maris et tuteurs), il a employé des expressions peu claires par rapport aux donations : *du jour où les donations ont eu leur effet*[1] ; il a gardé le silence sur l'hypothèque garantissant les deniers paraphernaux que la femme aurait laissé toucher par son mari ; sur les indemnités que celui-ci peut devoir pour dégradations commises sur les biens propres de la femme ; enfin sur les droits appartenant à la femme dont les biens auraient été indûment aliénés par son mari.

Pour les donations, le plus raisonnable ne serait-il pas d'entendre la loi comme si elle avait dit : *du jour où le mari aura touché le montant de la somme donnée ou léguée ?* Est-il bien juste de le grever d'hypothèque avant qu'il soit devenu comptable et responsable, avant qu'il ait rien reçu ? Et ne faut-il pas généraliser les sages réflexions que faisait la Cour de Dijon à l'occasion de l'hypothèque légale des mineurs remontant d'après la loi actuelle à l'ouverture de la tutelle pour toutes les sommes touchées par le tuteur, quelle que soit l'époque du versement ?

« Il n'est point juste, disait cette Cour, que les biens du tu-
« teur se trouvent grevés, non-seulement pour les valeurs
« qu'on lui confie actuellement, mais encore, éventuellement,
« pour toutes les valeurs qui pourront arriver au mineur pen-
« dant la durée de la tutelle ; de telle sorte que le tuteur, dans
« l'expectative d'un événement qui peut-être ne se réalisera
« pas, se trouve frappé d'une incapacité entière de disposer de
« ce qui lui appartient. Cet état de choses doit être changé : le
« tuteur ne doit de garanties que pour les valeurs qui lui sont
« confiées, et seulement lorsqu'elles lui sont confiées ; la quo-
« tité de l'hypothèque doit s'augmenter à mesure que les créan-
« ces s'accroissent, et les créances nouvelles ne doivent pas,

[1] V. sur la controverse née de ces expressions, M. Paul Pont, n° 757, et les autorités qu'il cite en sens opposés.

« quant à l'hypothèque qui les assure, rétroagir au delà du jour « où elles sont nées.... [1].

Tout cela ne doit-il pas s'appliquer au mari?

C'est dans cette pensée que la Cour d'Angers, tranchant en faveur des femmes la question de ses créances pour deniers paraphernaux, proposait, pour ces créances, ainsi que pour les indemnités résultant de dégradations, l'addition à l'article 2135 du paragraphe suivant :

« Elle a hypothèque, pour valeurs paraphernales et indem- « nités dues par suite de dégradations commises sur les im- « meubles qui sont propres à la femme, de l'époque à laquelle « ces créances ont pris naissance [2]. »

Quant à l'aliénation illégale des biens de la femme, la faculté de droit de Grenoble se posait la question de savoir si la femme peut tout à la fois et à son choix agir en revendication contre les acquéreurs, ou en vertu de son hypothèque légale sur les biens du mari, et au préjudice des créanciers de ce dernier ; et la faculté répondait :

« Il sera parfaitement raisonnable, dans le cas où le bien « dotal aura été aliéné indûment, c'est-à-dire, sans que le « contrat l'eût permis et hors les exceptions consacrées par la « loi, d'obliger la femme à agir en revendication contre les ac- « quéreurs de ses biens, complices nécessaires de la violation « de son contrat, et de ne lui accorder de recours sur les biens « du mari que subsidiairement, et dans le cas où par l'action « en revendication elle ne pourrait se retirer tout à fait in- « demne. Ce sera enlever au mari la possibilité de nuire à ses « créanciers en consommant frauduleusement l'aliénation des « biens de la femme [3]. »

Ce serait, on le voit, l'inverse de ce que prescrivait la coutume de Normandie, qui n'accordait recours contre l'acquéreur qu'en cas d'insolvabilité du mari. Mais la coutume normande, on l'oublie quelquefois, ne prohibait pas l'aliénation des biens dotaux : elle la permettait moyennant remploi. Aussi la Faculté de Grenoble, logique dans ses déductions, lorsqu'elle examine cette hypothèse, de l'aliénation du bien dotal permise par le contrat à la charge de remploi, arrive-t-elle à une conséquence

[1] *Doc. hyp.*, 2, 233.
[2] *Ibid.*, 2, 185.
[3] *Ibid.*, 2, 441.

contraire. Dans ce cas, dit-elle, l'acquéreur ne peut être rendu responsable du défaut d'emploi qu'autant que le mari ne pourrait lui-même suffire à cette responsabilité : c'est la position que faisait aux époux et à l'acquéreur la coutume normande, et la solution doit être celle que donnait la coutume.

Tout ceci paraît fort raisonnable et suffira sans doute à sauvegarder tous les intérêts légitimes, même en se plaçant au point de vue protectionniste du régime dotal.

III. Constatons, en finissant, sur ce point, l'amélioration notable qui résulte de l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, et qui se fera sentir tant que la loi actuelle ne sera pas réformée, tant qu'il existera des hypothèques légales, générales, indéterminées, sur les biens du mari (ou des tuteurs). Désormais, si l'hypothèque légale de la femme (ou du mineur) reste clandestine pendant le mariage (ou la tutelle), du moins elle ne continuera pas à grever indéfiniment, à l'état latent, les biens du mari (ou du tuteur); elle devra se manifester, à peine de tomber dans la classe des hypothèques ordinaires, dans un délai déterminé après le moment où l'incapable a recouvré la liberté d'agir qui lui avait été ravie par son état de dépendance et de faiblesse. La loi fixe ce délai à une année après la dissolution du mariage (ou la cessation de la tutelle) : c'est un terme moyen entre ceux proposés lors de l'enquête de 1841 (six mois, un an, deux ans, et jusqu'à dix ans).

La Cour de Colmar avait demandé [1] que le délai ne courût contre la femme, encore mineure, après la dissolution du mariage, qu'après sa majorité. Cela paraît raisonnable.

D'autres Cours avaient demandé davantage.

Les Cours d'Amiens, d'Angers, de Besançon, de Douai, de Grenoble, voulaient qu'on assimilât à la dissolution du mariage la séparation de corps ou de biens. L'état de lutte dans lequel la femme s'est posée vis-à-vis de son mari, disait la Cour d'Angers, afin d'obtenir une décision judiciaire, atteste à suffire qu'elle jouit de toute la liberté nécessaire pour remplir la formalité de l'inscription. — La séparation de biens, disait la Cour de Grenoble, place la femme, quant à l'administration de sa fortune, dans un état indépendant de l'autorité du mari, et fait par conséquent cesser le motif de la dispense d'inscrip-

[1] *Doc. hyp.*, 2, 218.

tion. Ce cas arrivant, on verra le plus souvent le mari requérir lui-même cette formalité afin de mettre les reprises de la femme, seule ressource de la famille, à l'abri de l'action des tiers [1].

Malgré ces raisons, le législateur de 1855 s'en est tenu à renouveler la disposition de l'édit de 1673 qui n'attachait qu'à la dissolution du mariage la cessation de la dispense d'inscription; on a pensé sans doute [2] que la femme, quoique séparée, ne reprend pas sa complète indépendance et reste toujours plus ou moins soumise à l'influence maritale. Mais ce motif, qui n'a pas d'application en cas de séparation de corps, ne paraît pas avoir touché les rédacteurs de nos Codes, qui considèrent si bien la femme séparée de biens comme rentrée dans l'exercice de ses droits vis-à-vis de son mari, qu'ils lui enjoignent (art. 1444, C. Nap.) de les exercer avec rigueur, sous peine de nullité de sa séparation. Il ne serait pas plus difficile à la femme de s'inscrire contre son mari que de le poursuivre à outrance, ainsi que le veut la loi.

De l'hypothèque légale, des mineurs et des interdits.

Cette hypothèque légale ne diffère qu'en un point, mais en un point essentiel, de celle des femmes mariées : le mineur ne peut la céder, y subroger, y renoncer.

Et ce qui fait bien voir l'importance et le danger de cette faculté pour les femmes, la seule différence qu'on vient de signaler a suffi pour qu'il fût infiniment plus facile d'organiser un système raisonnable en faveur des mineurs, tandis qu'on échouait constamment dans les projets relatifs aux femmes mariées.

C'est qu'on n'avait à défendre les mineurs et les interdits que contre leurs tuteurs; il aurait fallu défendre d'abord les femmes mariées contre elles-mêmes.

Réduite à ces termes, la question ne manque pas de sérieuses difficultés.

Ce n'est pas qu'on se déclare satisfait de la législation actuelle; tout le monde est d'accord pour la trouver à la fois excessive et insuffisante.

Excessive, en ce qu'elle frappe à l'avance, et à une date où

[1] *Doc. hyp.*, 2, 169, 186, 210, 241, 247.
[2] M. Paul Pont, n° 808.

le tuteur n'a peut-être rien reçu et n'est responsable de rien, la fortune immobilière de ce tuteur, présente et future, et porte obstacle, par là même, à ce que la tutelle soit acceptée, quand elle n'est pas forcée, par tout propriétaire d'immeubles qui veut s'en conserver la libre disposition; en ce que, après acceptation, le tuteur sera empêché de faire des acquisitions d'immeubles qui se trouveraient, en ses mains, ainsi que ses biens anciennement possédés, aussi inaliénables que ceux d'un majorat; en sorte qu'on a pu dire que, par cette création d'une hypothèque légale du mineur, générale et indéterminée, on avait deux incapables au lieu d'un.

Insuffisante d'ailleurs, car cette hypothèque est la seule garantie prévue par la loi; toute garantie cesse donc vis-à-vis d'un tuteur qui n'a pas d'immeubles.

Dangereuse, au surplus, pour les tiers, en ce qu'elle est occulte, et qu'il est souvent difficile, pour celui qui contracte avec un tuteur, de connaître l'existence de la tutelle.

On a proposé différents remèdes :

1° S'autorisant de l'exemple tiré de plusieurs législations allemandes, notamment du Code bavarois, on a préconisé[1] une institution qui paraît avoir produit de bons résultats en certains pays, je veux dire une administration quasi-publique des deniers appartenant aux incapables, une caisse des mineurs et des interdits, qui, sous la surveillance du gouvernement, reçoit et utilise les fonds qu'on lui verse, et rend par là inutile l'hypothèque sur les biens du tuteur, celui-ci n'étant plus chargé que de la personne et des revenus de l'incapable, et ne pouvant toucher ni dissiper ses capitaux. Quant à ses immeubles, on sait que toutes les législations, et surtout la nôtre, ont des précautions suffisantes pour leur conservation.

Le projet de M. Pougeard (art. 38 et suivants) organisait, dans ce but, un système de versement à la Caisse des dépôts et consignations, qui aurait servi, sous la garantie de l'État, un intérêt de 4 pour 100; et l'exécution de la mesure aurait été assurée par la responsabilité de tous les officiers publics et tiers dépositaires ou débiteurs, lesquels n'auraient été valablement libérés que par le versement imposé par la loi.

[1] V., dans l'enquête de 1841, ce que dit sur cet objet la Cour de Lyon. (*Doc. hyp.*, 2, 271.)

Le projet du gouvernement s'appropriait (art. 2150, 2151) cette disposition, mais seulement pour le cas où le tuteur n'aurait pas d'immeubles, ou n'en aurait que d'insuffisants, selon l'appréciation du conseil de famille.

Le Conseil d'État qui, comme on l'a vu, repoussait tous les projets de réforme, faisait surtout des objections contre le mode proposé pour assurer la publicité des hypothèques légales; il n'opposait au système de consignation des deniers pupillaires que la crainte de l'inconnu, et les dangers pour le Trésor de se trouver surchargé de fonds dont il n'aurait pas l'emploi. Mais ne peut-on pas répondre à ces appréciations, d'une part, que l'expérience d'institutions semblables est faite depuis longtemps et se continue fructueusement chez des peuples voisins; d'autre part, que depuis la discussion de 1849-1851, le crédit public a pris en France de tels développements, est tellement lié aux fortunes particulières, qu'il n'y aurait rien à redouter de la création d'une caisse de plus, employant ses capitaux en placements publics ou quasi-publics, c'est-à-dire en placements que tout tuteur bien conseillé aurait faits lui-même pour ses pupilles?

Ajoutons que si l'on a pu craindre pour le Trésor public l'accumulation indéfinie de fonds dont il aurait dû se charger moyennant intérêt, par exemple des fonds des caisses d'épargne dont rien ne peut limiter l'accroissement, il n'en est pas de même des deniers pupillaires, qui, une fois arrivés à leur niveau normal, subiront, par les majorités survenues, par les emplois dûment autorisés, des réductions régulières, en même temps que des augmentations provenant des nouveaux versements.

Si donc le Trésor public n'y mettait pas d'empêchement, nous trouverions là une des meilleures solutions du problème. Et dans notre pensée ce ne serait pas seulement, comme dans le projet du gouvernement de 1849, un secours subsidiaire à l'hypothèque légale, mais bien en remplacement complet de cette hypothèque, un mode de garantie suffisant pour tous les intérêts. Car, ainsi restreinte, l'administration financière du tuteur, limitée à l'emploi des revenus du mineur, même à la partie des revenus jugée nécessaire par le conseil de famille (art. 454 C. Nap.), n'exigerait pas d'autre garantie que celle du choix de la personne, choix fait par la loi, d'après l'affection

présumée et les liens du sang, ou par un conseil de famille, en raison de l'affection aussi, de la moralité ou de la probité.

Et l'on ne pourrait opposer à ce genre d'administration les objections qu'on soulevait contre ceux qui voulaient l'appliquer aux biens des femmes mariées. Le mari, en effet, tient de sa qualité de chef et de maître le droit d'administration le plus absolu; vouloir limiter et entraver ce droit, c'est porter atteinte à la loi du mariage. Il administre d'ailleurs les biens de sa femme en même temps que les siens, en même temps que ceux de la communauté dans laquelle sont mis ou tombent les deniers des deux époux, sauf prélèvements ou créances à fixer ultérieurement. Le tuteur, au contraire, doit administrer séparément les biens de son pupille, ne doit pas les confondre avec les siens propres; la collocation, l'emploi qu'on lui prescrirait d'en faire ne serait donc pour lui que l'accomplissement d'un devoir; et il serait par là débarrassé de responsabilité et de charges écrasantes, d'hypothèques générales, indéterminées, nuisibles aux tiers, embarrassantes pour lui. Pourrait-on souhaiter une meilleure solution [1]?

2° Si l'on tient à conserver l'hypothèque légale sur les biens des tuteurs, on rencontrera des difficultés bien plus grandes.

On a voulu et avec raison, dans les projets de réforme présentés et discutés depuis quelques années, porter remède aux deux vices principaux de l'hypothèque légale; elle est clandestine; elle est générale et indéterminée. Les mesures proposées se rapportent à deux époques qu'il faut soigneusement distinguer.

A l'ouverture de la tutelle, il y a toujours une réunion du conseil de famille; pour nommer le tuteur, si la tutelle est dative; pour nommer le subrogé-tuteur, si elle est légale ou testamentaire. Il a paru tout simple de choisir ce moment pour stipuler l'hypothèque qui devra garantir l'administration du tuteur. Cette hypothèque peut être déterminée et spéciale : spéciale, car on connaît les immeubles du tuteur, et l'on n'est pas, comme lors d'un contrat de mariage, en présence d'un jeune homme qui, le plus souvent, ne possède pas de biens fonds; déterminée, car on peut apprécier l'importance de l'administration qui va commencer; on pourrait même évaluer

[1] C'est celle que recommandait, il y a longtemps déjà, M. Michel Chevalier. — *Lettres sur l'Amérique du Nord*, t. II, p. 236, et notes 43 et 47.

approximativement les causes qui, éventuellement, devront augmenter la responsabilité du tuteur.

C'est, au surplus, ce qui a paru suffisant au législateur, lorsque, par la loi du 30 juin 1838, il a prévu la nomination d'un administrateur provisoire des biens d'un aliéné non interdit. L'article 34 de cette loi parle d'une hypothèque à constituer sur les biens de l'administrateur, hypothèque qui peut être générale ou spéciale, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée par le jugement; hypothèque à inscrire dans la quinzaine, à la diligence du procureur impérial.

On peut faire tout cela par la délibération obligée du conseil de famille; et, quant à l'inscription, il est facile de s'assurer qu'elle sera prise, soit en imposant l'obligation de la requérir, au greffier de la justice de paix, dépositaire de la minute, soit en organisant, au moment de l'enregistrement, un renvoi au bureau des hypothèques où l'inscription serait faite d'office, et remonterait, si l'on veut, à l'ouverture de la tutelle.

C'est à peu près ainsi que le projet du gouvernement, présenté en 1849, avait prescrit les mesures à prendre lors de l'ouverture d'une tutelle. Seulement il laissait flotter, entre trop de personnes, l'obligation de requérir l'inscription; et le Conseil d'État ne trouvait pas là de garanties suffisantes. On aura répondu à cette objection si l'inscription se trouve faite par la seule force de la loi. par une sorte de mécanisme auquel les parties intéressées n'auront pas à mettre la main.

Mais les choses ne peuvent plus se passer aussi simplement, lorsque, au cours de la tutelle, les bases de l'administration du tuteur viendront à changer. Si le mineur ou l'interdit recueillent des successions, si le tuteur reçoit des remboursements sur lesquels on n'avait pas compté lors des prévisions premières; si, en un mot, les garanties exigées du tuteur deviennent insuffisantes, comment s'y prendra-t-on pour rétablir la sécurité des incapables, pour assurer à leur recours une efficacité complète et certaine?

Le projet de 1849 n'avait rien trouvé de mieux (art. 2149) que d'autoriser le conseil de famille à exiger, ou une augmentation de la somme que devait garantir l'hypothèque, ou l'extension de cette hypothèque à d'autres immeubles, ou le dépôt des deniers à la caisse des consignations.

Mais il était trop facile de répondre, et on répondit en effet,

que rien n'était prévu pour mettre en mouvement la vigilance du conseil de famille, que ce conseil, comme tous les corps multiples, n'était pas propre à l'action, mais seulement à la délibération; que ses membres pouvaient ne pas être informés des faits, ou compter les uns sur les autres, ou répugner à provoquer des mesures de rigueur contre un parent ou un ami. . . Tout cela était fort grave.

On aurait bien pu proposer une mesure analogue à celle que nous avons indiquée pour les femmes mariées; dire que, pour le mineur, comme pour la femme, l'hypothèque ne devait prendre date que de l'ouverture des successions recueillies ou du moment des remboursements effectués (déjà dans l'ancien droit, on s'était plaint de la jurisprudence qui faisait remonter l'hypothèque du mineur, sans distinctions des causes, à l'ouverture de la tutelle, comme celle de la femme pour indemnité des dettes contractées à la date du mariage); dire encore que tout payement, tout remboursement à un mineur ne serait libétoire qu'autant qu'il serait constaté par acte authentique; dire enfin que sur le vu de tout acte constatant une prise en charge par le tuteur, une inscription d'office serait prise sur ses biens. Mais ici se présenterait la difficulté qui a tant embarrassé les rédacteurs de projets sur l'hypothèque légale de la femme : à quel bureau faudra-t-il opérer l'inscription d'office? qui sera chargé d'indiquer la situation des biens du tuteur? Il faudrait donc se contenter d'une inscription faite au domicile de celui-ci, et retomber ainsi dans les inconvénients d'une hypothèque générale. Ils seraient moins graves, sans doute, que ceux de l'état actuel des choses; car au moins l'hypothèque serait publique, serait déterminée quant à la somme.

Il faudrait toujours, en outre, pourvoir à une garantie des incapables quant aux valeurs mobilières, aujourd'hui si importantes et si nombreuses, qui peuvent se trouver dans les successions dévolues aux mineurs ou aux interdits. Car ces valeurs ne donneront lieu, quant à leur négociation, quant à leur remboursement, à aucun acte authentique où l'on puisse s'éclairer sur la responsabilité nouvelle du tuteur. La seule mesure à prescrire serait, en ce cas, d'imposer aux officiers publics préposés aux inventaires, aux saisies, aux ventes, l'obligation de déposer toutes valeurs mobilières intéressant des incapables dans la caisse publique à ce destinée. Pourquoi,

dès lors, ne pas généraliser ce mode de conservation? Pourquoi ne pas l'étendre à toutes les sommes, à tous les deniers provenant de mineurs et d'interdits? Pourquoi ne pas renoncer, cette garantie étant bien organisée, à l'arme si gênante, si dangereuse, de l'hypothèque légale?

L'adoption de ces mesures, ou de mesures analogues, rendrait inutile l'examen de plusieurs questions qui troublent encore en ce moment l'accord si désirable entre la doctrine, la jurisprudence et la loi.

Ainsi, il paraît maintenant bien décidé, que la législation actuelle ne soumet pas à l'hypothèque légale du mineur les biens de son père, administrateur légal pendant le mariage de tout ce qui peut écheoir à son fils par donation, succession, legs ou autrement. Les tribunaux se sont tirés facilement de la difficulté, en se tenant au texte précis de la loi : la loi ne parle que de tuteurs; le père pendant le mariage n'est pas tuteur de ses enfants ; donc il n'est pas astreint à la garantie si gênante de l'hypothèque légale. Le syllogisme est régulier et irréprochable ; et on a été heureux de le trouver pour diminuer, au moins sur un point, les inconvénients attachés à l'hypothèque légale, occulte, indéterminée, qui, si on l'étendait par analogie, rendrait indisponibles, inaliénables, presque toutes les propriétés immobilières.

Mais quand il s'est agi non plus seulement d'appliquer la loi, mais de la juger, de la réformer, des voix se sont élevées pour réclamer en faveur des mineurs placés sous l'autorité de leur père, les mêmes garanties que celles appartenant aux mineurs placés sous l'autorité d'un tuteur. Les motifs sont les mêmes, disaient, dans l'enquête de 1841, les Cours de Besançon, de Grenelle, de Montpellier, de Pau : entre l'administration du père, en qualité du tuteur, et son administration exercée en vertu de l'article 389, il n'y a pas de différence qui motive dans un cas le refus de l'hypothèque accordée dans l'autre [1].

Et la Cour d'Amiens [2], la seule qui, dans l'enquête, refusât l'hypothèque légale au fils de famille, n'en contestait pas la justice : elle n'invoquait qu'un motif général d'utilité : Ce « serait, disait-elle, mettre en interdit tous les biens des hom- « mes mariés.... » Ne pourrait-on pas en dire autant des biens

[1] *Doc. hyp.*, 2, 210, 242, 292, 330.
[2] *Ibid.*, 2, 170.

des tuteurs? Et si l'hypothèque légale est fondée sur la justice, sur la protection due aux incapables, est-il des considérations d'utilité qui doivent la faire sacrifier?

Néanmoins, les Cours qui voulaient accorder cette hypothèque légale étaient fort embarrassées pour en organiser l'exercice.

La Cour de Grenoble, bien que décidée à maintenir pour les hypothèques légales la dispense d'inscription, n'osait pas être conséquente avec son principe : elle reculait devant l'obstacle qu'elle allait créer à la circulation des propriétés; elle n'admettait l'hypothèque légale des fils de famille qu'à la charge de l'inscription, s'en rapportant, pour la conservation des intérêts à sauvegarder, aux amis, aux parents, à la mère, au fils lui-même, au juge de paix... Ce seraient là de bien faibles garanties.

La Cour de Montpellier, qui appartenait à un autre système, qui voulait la publicité pour toutes les hypothèques légales, se trouvait aussi fort empêchée : le mode d'inscription qu'elle proposait dans l'intérêt des mineurs reposait en première ligne sur la délibération du conseil de famille qui doit commencer chaque tutelle. Or, l'administration du père commençant sans qu'il y ait lieu à aucune délibération de famille, elle était obligée de compter, ou sur l'inventaire de la succession échue au mineur (il y en aura un *le plus souvent*, disait la Cour), ou sur l'action des notaires rédacteurs des actes de donation. — Tout cela était fort embarrassant et très-peu sûr.

Si l'on adopte, pour la sécurité des mineurs, un ensemble de mesures qui ne repose pas sur l'affectation hypothécaire des immeubles des tuteurs et administrateurs, on n'aura plus à craindre le trouble qui viendrait gêner la disposition des biens et la liberté des transactions; il sera alors possible d'étendre la garantie qui résultera du système nouveau, à tous les cas analogues; — aux fils vis-à-vis de leurs pères pendant le mariage; — aux mineurs dont la mère remariée a conservé la tutelle, vis-à-vis du second mari, — à ceux dont la mère remariée, ayant perdu la tutelle, a néanmoins conservé la gestion des biens de ses enfants.

Ce serait une raison de plus pour recommander ce système à l'attention du législateur. SÉVIN.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

QUESTIONS DE DROIT PUBLIC ET DE DROIT CIVIL AU MOYEN AGE.

LE SONGE DU VERGIER.

RECHERCHES SUR L'AUTEUR DE CET OUVRAGE CÉLÈBRE.

Par M. Léopold MARCEL (de Louviers), notaire honoraire.

DEUXIÈME ARTICLE[1].

LE SONGE DU VERGIER. (Livre second.)

Chap. 1 *à* 166. Dans le chapitre 1er le Chevalier demande comment le pape peut prétendre au pouvoir temporel, quand Jésus-Christ lui-même s'en est exclu. *Filius hominis non venit ministrari sed ministrare.* Le Clerc répond par des divagations. En définitive, les deux parties reproduisent les arguments émis dans le premier livre. L'Ancien Testament, l'Évangile, les Décrétales, *monseigneur* saint Augustin, *monseigneur* saint Bernard ouvrent leur arsenal aux combattants. L'argumentation du Clerc paraît résumée dans les chapitres suivants : (chap. 66) « Je dy que Jesuschrist n'eut point de royaulme temporel quant a l'administracion et l'exercice, mais il eut bien royaulme quant a l'autorité et souveraineté primeraine, comme il a esté dit et touché aultrefois (*aultrefois,* en d'autres endroits de l'ouvrage). » (Chap. 80) : Je vous ottroye et confesse que le pape ne doit pas prendre l'administracion ne le gouvernement de la temporalité, car seroit soy entremettre des choses seculieres, laquelle chose ne luy appartient pas comme il appert par les auctoritez lesquelles vous avez alleguees, mais il a bien la seigneurie en la temporalité quant a la souveraineté et quant a la puissance de commander aux seigneurs seculiers. »

Chap. 167 *à* 184. Il est traité plus spécialement dans ces chapitres de l'exercice du pouvoir ecclésiastique et séculier, c'est-à-dire des droits que leur donne leur juridiction respective. Le Clerc veut que les clercs puissent être jugés par la juridiction ecclésiastique « mesmement pour cause du serment que partie n'a pas gardé. » Le Chevalier se plaint des empiétements de la juridiction ecclésiastique par le moyen des con-

[1] V. le présent tome, p. 34.

ciles provinciaux, des statuts synodaux, des officiaux, etc.; « et cependant, ajoute le Chevalier, sembleroit que nul official ne peust prendre ung lay (laïque) et par conséquent le detenir prisonnier, et qu'il ait seulement povoir de les excommunier. »

Chap. 185 *à* 252. La discussion continue, mais spécialement à l'égard du droit d'excommunier que s'arrogent les évêques. « Nous veons que se ung homme lay fait arrester son debteur en ville de roy par la justice du lieu, se celluy qui est tellement arresté, appelle un prélat du lieu, son official si veult avoir la cognoissance de tel arrest....., et se les gens du Roy contraignent les officiaulx a désister ils les excommunient, laquelle chose est grandement contre la jurisdiction seculiere. » (Chap. 195.) Le Chevalier se plaint dans les chapitres suivants, de la prétention qu'ont les officiaux de connaître des inventaires, des testaments, des actions hypothécaires, des affaires qui intéressent les malades retenus dans les maladreries, les veuves, les pupilles. Le Chevalier se plaint encore de ce que les prélats font grâce aux criminels « par pris ou par prieres. » L'énumération de tous les griefs du Chevalier me conduirait bien loin. Le Clerc se défend faiblement; il invoque l'usage et fait quelques concessions à son adversaire. Le sujet du débat entre les parties est longuement plaidé dans les chapitres 251 et 252.

Chap. 253, 254, 255, 256. Dans ces chapitres il s'agit de savoir si la légitimation des enfants naturels appartient au pape ou au roi. Le Chevalier repousse faiblement le droit de légitimation prétendu par le pape. Il passe assez brusquement à la question des enfants nés hors mariage; et, après avoir parlé des enfants adultérins et incestueux, il conclut ainsi : « Nous avons une aultre conjonction, laquelle n'est de droit civil approuvée ne reprouvée, comme sont ceulx qui sont nez de concubinage sans incest et sans adultere; et tels enfans sont appelez naturels et devroyent selon droit naturel primerain succeder; car de celluy droit telle conjonction n'estoit mye d'avance. » Le Clerc répond que « selon raison et bonne police c'est chose plus expediente et plus convenable que ung homme soit conjoinct a une seule femme et par loyal mariage; mais droit canon approuve la loy de mariage et reprouve concubinage : jaçoit ce que droit civil l'approuve. »

Chap. 257 *et* 258. Voici donc la discussion engagée sur la question d'une ou de plusieurs femmes. « Sire Clerc, dit le

Chevalier, pour cause desbatement et non aultrement je vous veuil demonstrer que c'est mieux et chose plus prouffitable a la chose publicque que ung homme ait plusieurs femmes que une seule par mariage, et il semble que le droit civil ait meilleure consideracion, lequel approuve concubinage que n'a en droit canon lequel le reprouve. » Le Chevalier appuie cette plaisante proposition d'arguments qui annoncent l'intention de s'amuser : 1° avantage de l'accroissement de la population, puisqu'un homme peut « engroisser » plusieurs femmes; 2° si un homme n'a qu'une seule femme, elle peut être « brehaigne » (stérile); 3° quand la femme est grosse, « les œuvres de nature sont oyseux en elle; » 4° « l'homme vit mieulx, et c'est la fin du monde que bien vivre....., et pourra avoir de plusieurs plus d'enfans que de une seule, laquelle chose fait l'homme vivre et estre en joye.....; doncques c'est mieulx d'en avoir plusieurs que une seule; laquelle chose, sire Clerc, je vous ay prouvée par maniere d'esbatement et non aultrement, car je scay que selon nostre foy nous devons tenir le contraire. » Le Clerc répond à cette proposition par des raisons puisées dans la religion, dans la raison et dans la politique. Aristote, Platon et le Digeste sont les principales autorités des deux champions.

Chap. 259 *à* 281. Le Chevalier paraît n'avoir engagé le débat sur la question de plusieurs femmes que pour avoir l'occasion de traiter plus à son aise une question qui s'y rattache, quoique d'un peu loin, le célibat religieux. « Vous avez dit et touché plusieurs biens de mariage et semble par vos dits que mariage vaille mieulx et soit plus expedient que virginité. » (Chap. 259.) Le Clerc répond que « se il y avoit grant faute de peuple....., virginité serait grant vice....., car adoncques virginité tendroit a la destruction d'espece d'hommes. Ainsi il pourroit estre si grant multitude de peuple que la terre ne souffiroit pas pour leur administrer vivres. Puis doncques que aujourdhuy humain lignaige est assez multiplié....., virginité est approuvée....., concluons doncques que les droits canons qui appartiennent a virginité si sont fondés sur raison naturelle : car comme dit le decret virginité si remplit paradis et mariage si remplit la terre. » (Chap. 260.) « Mais comment, replique le Chevalier (chap. 261), pourrez vous dire que la loy canonicque soit fondée sur raison naturelle, laquelle approuve plusieurs abstinences, comme est de jeûner, aller en lange

(*chemise de laine*), et de vestir la hayre, comme doivent faire les religieux, moynes, mendians, les chartreux et plusieurs aultres, et sembleroit que ce seroit plus vice que vertu. »

Le Chevalier argumente sur cette proposition.

Le Clerc justifie l'abstinence (chap. 262) par les considérations que tout le monde connaît; et de plus il s'appuie sur les *Éthiques* d'Aristote qu'on est assez surpris de voir jouer un rôle dans ce débat.

Le Chevalier reprend (chap. 263) : « De aultres religieux je me passe (*passe pour les autres religieux*) et croy que leur vie si soit tres saincte et tres bonne : mais des religieux mendians lesquels si sont approuvez selon vos decretales et par nostre saint pere le pape de Romme, je fais grant doubte et entre les aultres choses je ne me puis taire de ce qu'ils ne veulent nuls labours (travaux, du latin *labores*), de leurs mains faire et ne considerent pas ce que monseigneur saint Pol dit : *Scitis quod ad ea que michi opus erant et his qui mecum ministrabant manus iste, etc.....* Celuy doncques qui avoit puissance ordinaire non pas seulement de demander mais aussi de exigier ses vivres necessaires ne le vouloit pas faire : comment le feront ceux qui n'ont nulle puissance ordinaire et qui sont fors et puissans de labourer (*travailler*, du latin *laborare*) et de gaigner leur vie? Mais quoy : ils sont gros et gras..... Et pleust a Dieu que de saincte Église et de pure devocion ces freres mendians voulsissent entendre et considerer ung libelle (*petit livre*, du latin *libellus*) de monseigneur saint Augustin lequel est appelé *de opere monachorum*, la ou monseigneur saint Augustin parle tres durement contre tels mendians..... De rechief se la vie des mendians estoit plus approuvée que n'est la vie de ceulx qui labourent (*travaillent*), certes chascun devroit vouloir estre jacobin, carmeliste, augustin ou frere mineur... » Le Chevalier développe son idée et il termine sa diatribe en ces termes : « Et Dieu scait se les freres mendians sont chargeans au peuple, *quia juxta verbum psalmiste si non fuerint saturati murmurabunt :* se ils ne sont bien saoulz et se on ne leur donne ce qu'ils demandent ils murmurent : et a peine peuvent ils estre assoufis [1]. » Le Clerc (chap. 264) se prévaut

[1] J'ai vu quelque part ces deux vers léonins sur les moines mendiants :

O monachi, vestri stomachi sunt amphora Bacchi,
Vos estis, Deus est testis, teterrima pestis.

en réponse de l'*extravagante Ita quorumdam*. La discussion continue sur le même sujet jusques et y compris le chapitre 281.

Ce chapitre 281 est très-remarquable. Le Chevalier établit d'abord une grande différence entre « l'ordre (*des mendians*) qui est ordonné et establi par homme humain..... et un ordre ordonné et establi de Dieu comme les evesques et les curez. »

Le Chevalier ajoute que « les dits freres pour cause de leurs previleges et de leurs exempcions sont ainsi multipliez par leur grant fraulde et mauvaistié; car ils procurent que les enfans et les innocens entrent en leur ordre en les soubstrayant a leurs parens par fraulde et par barat (*ruse, perfidie*; en bas latin *barattum*). Et souventesfois on les emble (*on les enlève, on les vole*) contre la saincte Escripture..... Pourquoy doncques ne sont ils pas pugnys par les prelats de saincte Eglise? ou s'ils ne les osent pugnyr pour cause de leurs previleges, au moins les roys et les seigneurs seculiers y devroyent mettre remede, car c'est en leur grant prejudice que leurs subjects leur soient ainsi tollis et emblés et au prejudice du peuple a qui si tres grant multitude de mendians sont si tres chargeans et au prejudice aussy de la chose publicque, car ils deussent labourer (*travailler*) et nompas truander. Mais ils dient que ce leur est tres grant merite que de mendier et a leur tres grant perfection : et qui les vouldroient escondire (*éconduire*) sans riens leur donner, il pourroit dire comme fist ung maistre en theologie a ung mendian qui lui demandoit : *absit, frater, ut tuam perfectionem imminuam;* frere, Dieu ne veuille que je admenuise (*diminue*) ta perfection. Ainsi comme s'il voulsit dire, tu maintiens que ta perfection est plus grant de mendier, par consequent plus mendieras et auras de souffreté et de povreté et plus seras parfait. Doncques je ne te donneray rien, affin que tu soyes plus parfait que tu ne es de present. »

Enfin le Chevalier reproche aux moines mendiants de « s'entrehayr comme chats et souris et comme deux truans à ung huys. »

Continuation du chap. 281, *et chap.* 282 *et dernier*. « Ce discord lequel est entre eulx (entre les moines mendiants des divers ordres), si engendre plusieurs fois grant esclandre es meurs des simples gens. Et se un jacopin dit je prens noir, certes le cordelier dira je prens blanc. »

Puis le Chevalier dit qu'il va soumettre au roi une grande

question, « c'est assavoir *De conceptione beate Marie Virginis*, de la concepcion de la benoiste glorieuse Vierge Marie... Et pour ce que une loy dit que en arguant et en disputant l'en peut plus a plein savoir la verité de chascune question, mon entente est pour collacion (conférence, instruction) et non aultrement de soustenir l'oppinion des jacopins, jaçoit ce que je croye certainement l'aultre partie estre plus vraye. Et vous sire Clerc, s'il vous plaist serez cordelier et tiendrés l'aultre partie et respondrés a mes raisons. »

La lutte s'engage donc entre le Chevalier et le Clerc. Le premier se fait, contrairement à sa conviction personnelle, l'avocat des jacobins qui repoussaient l'immaculée conception, et le Clerc soutient l'opinion des cordeliers par lesquels cette doctrine était préconisée. L'Église ayant décidé la question à la plus grande gloire de la mère du Sauveur, il est inutile de rapporter ici les arguments qu'on invoquait pour et contre au XIVe siècle. Le lecteur comprendra d'autant mieux mon abstention que le Chevalier présente à l'appui de sa thèse vingt-trois raisons, et que la cause dont l'Église vient de décréter le triomphe est développée par le Clerc en huit pages pleines de notre édition in-fol. *O vanas hominum mentes !*

« Cy sensuyt l'excusacion de l'acteur de ce présent livre et comment il le presente au Roy.

« *Ecce soporatus sum et exsurrexi.* J'ay prins somme et me suis esveillé de mon songe. Tres souverain et redoubté prince, prenez doncques ce merveilleux songe lequel je vous presente tres humblement, pour le corriger, adresser (*redresser*) et reformer, ou pour le rejetter de tous points, s'il est advis a votre royale majesté qu'il ne soit a recevoir. Mais une chose tres souverain prince, vous requier et supplie comme en ce present songe vous veuillez plus entendre et considerer la parfondeur de la matiere de ce songe et la haultesse de la matiere que la fragilité et le petit entendement du songeant. »

L'auteur revient sur son insuffisance; puis il énumère toutes les vertus que doit posséder un roi, et il les attribue à Charles V.

L'auteur professe le plus grand respect pour la religion catholique.

Cette *excusacion* contenant près de huit pages, est remplie de textes de l'Écriture sainte, des saints Pères et des philosophes

de l'antiquité. On y trouve de bons préceptes, mais qui ne prendraient place ici qu'avec grand ennui pour le lecteur, déjà fatigué peut-être de cette longue analyse [1].

A présent, lecteurs, que vous connaissez le Songe du Vergier, vous comprenez les savants travaux entrepris pour rajeunir sa vieille célébrité, pour signaler à la reconnaissance publique l'auteur de ce remarquable ouvrage. Voyez avec quelle intelligence ce glorieux anonyme défend l'indépendance des deux pouvoirs! Et combien d'autres sujets étrangers à l'objet principal de son livre sont dignes de votre attention! Reportez-vous à cinq siècles en arrière, et rendez-vous compte de ce qu'il a fallu de courage pour attaquer les chevaliers indignes de leur titre (*Livre I*, chap. 3), pour jeter un amer et plaisant sarcasme sur les gens d'église qui, ne voulant pas supporter les charges de l'État, quoique « rien ne soit plus saint que le salut du peuple, » se contentent de manger de « gras morceaulx, » de boire du meilleur vin et de bien dormir (chapitres 26 et 28).

L'auteur considère le sacre des rois comme étant d'institution humaine (chap. 71). Que Volney n'a-t-il connu le Songe du Vergier [2]!

Quel noble langage tient l'Église par l'organe du Clero dans le chapitre 131! « ne sont pas vrays seigneurs mais tyrans » ceux qui ne gardent pas la justice.

Remarquez l'argument invoqué par le Chevalier pour faire absoudre Charles V de tout reproche de tyrannie : la preuve que le roi n'est pas un tyran, c'est que « il ayme science en laquelle il fait introduire et enseigner son aisné filz » (chap. 132). *Humaniores litteræ!*

[1] L'*analyse* de Durand de Maillane contient 12 pages moyen texte in-4°. Il est vrai que Durand de Maillane a transcrit *in extenso* le *Prologus* et l'*Excusacion*, ce dont j'ai cru pouvoir me dispenser. En définitive mon *analyse* est de trois quarts moins étendue que celle de Durand de Maillane, et je m'imagine qu'elle fait mieux connaître l'ouvrage. Mais qui peut se juger soi-même?

[2] Volney est auteur d'une *Histoire de Samuel, inventeur du sacre des rois* (Paris, 1819, in-8°), publiée lorsqu'il fut un moment question du sacre de Louis XVIII. On prétend que le monarque, à qui Volney avait voulu adresser une leçon indirecte, lut cet ouvrage avec plaisir. (*Biogr. univ.* de Michaud, article *Volney*.)

Quelle philosophie dans la dissertation sur la noblesse de race et sur l'anoblissement! Malgré les préjugés que l'auteur prête au Chevalier, on voit triompher l'opinion du Clerc qui soutient que « celluy qui est anobly de nouvel doit estre plus honnouré » parce que « si est de son propre fait » (chap. 153), et le Chevalier convient que « quant a Dieu les plus vertueulx doivent estre toujours plus honnourez. » (Chap. 154.)

Dans le même chapitre on voit que « la guerre vient de Dieu puisque toute guerre juste tend pour avoir la paix et la tranquillité du peuple. » Le raisonnement n'est pas facilement saisissable. Mais n'est-ce rien d'avoir attribué à la guerre une cause morale qui exclut l'idée d'une guerre qui n'a pas pour principe le salut du pays?

Et plus loin toujours dans le même chapitre, à quelle hauteur s'élève le Chevalier, quand il professe que « nul mescreant ne doit estre contraint par guerre ne aultrement a venir à la foy catholique,.... qu'il n'appartient pas au Saint Pere de soy entremettre de ceuls qui sont hors de l'Eglise. » Relisez, je vous prie, les quelques lignes extraites de ce chapitre dans l'*analyse*, et vous y trouverez les saints préceptes que trois siècles et demi plus tard Fénelon prêchait aux puissances [1]. Un siècle encore, et la tolérance religieuse enseignée par l'auteur du *Songe* et par l'illustre prélat va devenir une conquête impérissable de l'humanité!

Ce chapitre suffirait pour assurer au Songe du Vergier une place honorable parmi les livres élémentaires de la civilisation européenne. Mais la postérité qui se dit impartiale est surtout oublieuse. Il y a un beau livre à faire sur l'épithète dont la postérité s'est décorée elle-même.

Dans les chapitres 158, 159 et 160, les interlocuteurs dis-

[1] Le chevalier de Saint-Georges (fils de Jacques II) était allé voir Fénelon à Cambrai, en 1709 ou 1710. Voici les sages conseils que lui donnait le pieux archevêque : « Sur toutes choses ne forcez jamais vos sujets à changer leur « religion. Nulle puissance humaine ne peut forcer le retranchement impé- « nétrable de la liberté du cœur. La force ne peut jamais persuader les « hommes, elle ne fait que des hypocrites. Quand les rois se mêlent de re- « ligion, au lieu de la protéger ils la mettent en servitude. Accordez à tous « la tolérance civile, non en approuvant tout, comme indifférent, mais en « souffrant avec patience tout ce que Dieu souffre et en tâchant de ramener « les hommes par une douce persuasion. » (*Directions pour la conscience d'un roi....., 2e supplément.* La Haye, 1748, in-12, p. 101.)

sertent sur l'administration de la justice. Le Clerc recommande la « débonnaireté, » d'après les maximes de l'Évangile et les exemples de Jésus-Christ. Bien qu'enclin à une répression rigourense, le Chevalier veut que les châtiments soient proportionnés aux délits. Voilà encore une idée qui est devenue un principe dans toutes les législations de l'Europe.

L'appui que l'auteur donne aux juifs dans le chap. 164 se rattache à la question de la tolérance religieuse enseignée plus haut.

Les réflexions sur la divination et l'astrologie (chap. 165 et suivants) font d'autant plus d'honneur à l'auteur du Songe que Charles V n'était pas exempt des erreurs que combat le Chevalier.

Quelle sagesse dans l'idée exprimée à la fin du 186e chapitre, à savoir que, pour bien gouverner et bien juger, il ne suffit pas d'avoir étudié Aristote. Il faut que l'homme s'éclaire de sa propre expérience, qu'il unisse la pratique à la théorie. Je n'ose dire que l'auteur soit ici le précurseur de Bacon, comme il l'était tout à l'heure de Beccaria; mais du moins, on voit surgir la pensée de débarrasser l'intelligence humaine des liens de l'École.

Passons au livre II. L'auteur y traite (chap. 259 et suiv.) la question du célibat monastique avec une liberté qui a dû frapper le lecteur. Tout en ayant l'air de ne vouloir s'en prendre qu'aux moines mandiants, il attaque tous les moines. L'étendue de sa pensée se révèle dans ces mots : « Je me passe des autres ordres religieux. » En effet, étaient-ce seulement les moines mendiants qu'on pouvait accuser d'enlever les enfants à l'affection paternelle? Tous les moines n'avaient-ils pas le privilége de se soustraire à la juridiction des curés et des évêques? La plupart d'entre eux ne contrevenaient-ils pas au précepte de saint Paul qui recommande le travail? Si je ne me trompe, l'auteur du Songe du Vergier est un des ancêtres de celui qui dans sa bouffonne épopée a qualifié les moines de *poids inutile de la terre;* il demandait à Charles V ce que Rabelais, cent cinquante ans plus tard, demandait à François Ier, l'anéantissement d'institutions « non ordonnées et establies de Dieu [1]. »

[1] Nos rois ont cherché à réformer les couvents et à en diminuer le nombre. Cependant ont-ils fait tout ce qu'ils auraient pu faire? D'un autre côté la Révolution n'a-t-elle pas été trop radicale? Les faits dont nous sommes

Il n'en fallait pas tant pour mériter la censure de l'Église; aussi le Songe du Vergier a-t-il été compris par le Concile de Trente dans les livres mis à l'*index*. Ce qui est plus surprenant, c'est qu'on l'y ait maintenu jusqu'à nos jours. (V. *Catalogue des livres mis à l'index*, Paris, 1825, in-8°, aux mots *Aureus Libellus*.....)

DISSERTATION SUR L'AUTEUR DU SONGE DU VERGIER.

C'est une opinion généralement reçue que le texte latin et le texte français de la composition qui nous occupe appartiennent au même auteur. Je n'ai rien de mieux à faire que d'accepter cette tradition[1].

les témoins semblent condamner l'abolition absolue des cloîtres. Dans son admirable ouvrage sur la Révolution française, le protestant Edmond Burke, qui veut améliorer et non détruire, se montre complaisant pour les moines. (*Réflexions sur la Révolution de France*. Paris, S. D. (1790), in-8°, p. 342 et suiv.) Mais Burke n'appuie son opinion d'aucune considération imposante. Une raison à invoquer en faveur des monastères, c'est que pour certains membres de la société la vie contemplative, la vie de jeûne et d'abstinence est un besoin auquel la société doit donner satisfaction. Il existe, surtout dans les climats chauds, des hommes tellement portés à la paresse, que le travail est pour eux un mal insupportable. Et puis, en rattachant la question à des considérations plus élevées, n'est-il pas humain d'offrir à de grandes infortunes ou à de lourdes fautes un refuge au sein du Dieu de consolation et de miséricorde?

Burke nous disait : Vous avez des moines, gardez-les. Ch. Nodier s'écriait après la Révolution : Rendez-nous nos cloîtres. L'opinion publique en France est généralement opposée à ces établissements, et je partage l'opinion commune en me demandant toutefois si, comme dans presque toutes les choses de ce monde, le terme moyen n'est pas ce qu'il y a de meilleur.

Les Anglais n'ont ni prêtres célibataires ni communautés monastiques, et ils ont peu de soldats; mais la colonisation leur vient en aide. Chaque nation a son génie et ses inclinations. On a beau faire, l'Espagne et l'Italie conserveront leurs moines plus longtemps que le gouvernement constitutionnel. Et n'y a-t-il pas d'autres peuples encore que Dieu n'a pas doués des qualités nécessaires pour jouir de cette belle institution?

[1] *Je n'ai rien de mieux à faire*, parce que cela est plus commode. Mais est-il bien certain que la composition latine et la composition française soient sorties de la même plume? L'auteur du *Somnium Viridarii* a-t-il traduit son propre ouvrage sous le titre de *Songe du Vergier*, avec de nombreux retranchements et quelques développements et additions, ou bien le traducteur est-il autre que l'auteur? Je me borne à poser la question. Elle mérite peut-être un examen sérieux. Ne pourrait-il pas en jaillir une lumière nouvelle? On a vu quel parti avait tiré M. Paulin Paris de l'étude comparée des

L'auteur du Songe du Vergier met en scène deux personnages, un Clerc et un Chevalier. La qualification de clerc désignait autrefois les ecclésiastiques et par extension tous ceux qui faisaient profession des sciences. Mais nul doute que dans ce dialogue ce ne soit un membre du clergé qui représente la *Puissance espirituelle*, et le langage que le Clerc tient d'un bout à l'autre de son plaidoyer, témoigne que l'auteur a laissé consciencieusement l'avocat dans son rôle. Le Chevalier est l'organe de la pensée de l'auteur défendant lui-même, par ordre de Charles V, les droits de la puissance royale contre les anticipations de l'Église. C'est ce qui ressort manifestement de l'économie de l'ouvrage.

On peut appliquer la qualification de chevalier soit à un homme d'armes, soit à un conseiller au parlement ou au conseil privé du roi. « Saint Louis, dans une ordonnance de 1246, « dit : *De communi consilio et assensu baronum et militum.* « Les chevaliers (*milites*) étaient les conseillers du parlement. « Saint Louis les dispensa d'être ecclésiastiques en les dis- « pensant aussi d'être chevaliers. Cela ne se fit même que peu « à peu ; c'est de là qu'ils ont conservé le titre de chevaliers. « On voit dans les registres, sous les dates des années 1317, « 1354, 1368, 1384, etc., qu'ils sont qualifiés *Messires* et *che-* « *valiers, milites.* » (*Encyclop. méthod.* de Panckoucke. *Jurisprudence*, t. VI, p. 397.) On lit dans le même article, p. 308 : « Pour ne pas heurter de front le préjugé qu'on avait pour la « chevalerie....., on imagina, dans le XIVe siècle, des cheva- « liers de lecture ou ès lois, comme on faisait des chevaliers « d'armes. » Le *Glossarium* de Ducange, au mot *Miles*, ne laisse aucun doute sur la double application de ce mot.

Dans les premiers chapitres du Songe du Vergier, les deux champions paraissent se prendre corps à corps comme repré-

deux textes, latin et français. Cette étude pourrait être approfondie au point de vue que j'indique ici.

Il paraît, au reste, que plusieurs auteurs du XIVe siècle ont traduit eux-mêmes leurs ouvrages. J'en signale un exemple que j'ai trouvé dans le cours de mes recherches. Jean Lefevre, dont je parlerai plus loin comme étant l'un de ceux à qui l'on a attribué le Songe du Vergier, a traduit en français un journal intitulé : *Diarium historicum quo res gestas omnes quibus auctor interfuit singulis diebus; prout gestæ sunt, ab anno* 1381 *ad* 1388 *ordine describit.* On conserve à la bibliothèque impériale des copies de ce journal dans les deux langues.

sentant, l'un l'ordre du clergé, l'autre les barons, les chevaliers d'armes; mais les autres parties du dialogue ne laissent plus voir dans le Chevalier qu'un homme de loi. Il faut expliquer cette transformation. On a vu dans le prologue que, sur la demande du roi, les deux Reines la *Puissance spirituelle* et la *Puissance séculière* nomment chacune un avocat pour la défense de leurs droits. La première confie tout naturellement sa cause à un ecclésiastique. Il était convenable que, pour lutter avec ce membre du premier ordre de l'État, l'autre reine élût pour défenseur un noble de race appartenant au second ordre, un chevalier d'armes. Mais ce n'est qu'une affaire d'étiquette, et l'auteur ne pousse pas loin sa fiction. Vous le voyez bientôt, sous le nom du Chevalier, se montrer ce qu'il est réellement, un juriste, un chevalier ès lois. A tout propos, le Chevalier cite les textes du Digeste et du Code. C'est bien un juriste qui soutient les droits du roi contre le duc de Bretagne; c'est bien un juriste qui traite la question de la succession au trône. Concevrait-on un chevalier du XIVe siècle, tout bardé de fer, s'amusant à disserter philosophiquement sur la guerre? Enfin, est-il possible de ne pas reconnaître un juriste de profession, un *jugeux*, comme disent les ordonnances de cette époque, dans le chapitre 186 du premier livre : « Doncques le principal propos et estude d'ung roy doit estre de bien régir et gouverner son peuple par le conseil des saiges, par lesquelz je entens principalement les *juristes*, c'est assavoir qui sont *experts en droit canon et en droit civil et es coustumes et constitucions et droits royaux*..... Les arciens ont les principes de cette science tant seulement, *et si n'en ont pas la praticque*. » Il ne faut donc pas chercher l'auteur du Songe du Vergier parmi les chevaliers d'armes, non plus que parmi les arciens (les philosophes).

Le clergé paraît également hors de toute hypothèse. Comment, en effet, concevoir un ecclésiastique prenant le masque d'un chevalier, et allant chercher parmi les siens son contradicteur? Si l'auteur du *Somnium* eût appartenu à l'ordre du clergé, il se serait posé tout simplement comme voulant maintenir la division des deux pouvoirs, il n'aurait pas imaginé une controverse dialoguée, dans laquelle le Clerc tient quelquefois un langage assez ridicule. Et puis, aurait-il dit dans le prologue et répété dans l'*Excusation* : « Je croy et tiens ce que saincte Eglise tient, croit, ordonne et establit? » Est-ce que le caractère

sacerdotal n'exclut pas l'idée d'une telle profession de foi Enfin l'auteur, sous le nom du Chevalier, se serait-il permis, dans le cours de l'ouvrage, tant de choses offensantes pour le clergé? Aurait-il osé, même sous forme de plaisanterie, aborder la question de la pluralité des femmes?

Je conclus de ces préliminaires que l'auteur doit être un chevalier ès lois, un membre du parlement.

M. Paulin Paris (*Mém.*, p. 354) compte neuf écrivains à qui l'on a attribué le Songe du Vergier, savoir : Philotée Achillini, Jean de Vertus, Alain Chartier, Guillaume de Dormans, Nicolas Oresme, Charles de Louviers, Jean de Lignano, Raoul de Presles et Philippe de Maizières. Je complète cette nomenclature en ajoutant Jean de Dormans, Jean Desmarets et Jean Lefevre. (Pour ces douze noms voir : Baillet, t. VI, p. 501, édit. de 1722. — *Dissertation* de Brunet, Durand de Maill., t. III, p. 509. — Notes manuscrites sur le frontispice d'un exemplaire du Songe du Vergier existant à la Bibliothèque impériale, édit. S. D. de J. Petit — et divers écrivains cités dans le cours de cette discussion.)

M. P. Paris raye d'un trait de plume Philotée Achillini, Jean de Vertus, Alain Chartier, Guillaume de Dormans, Nicolas Oresme et Jean de Lignano, et sa discussion ne porte que sur Charles de Louviers, Raoul de Presles et Philippe de Maizières. Bien que la plupart des noms écartés tout d'abord par M. Paris ne méritassent pas d'être traités avec plus de cérémonie, je me suis attaché à examiner impartialement les titres des douze écrivains désignés comme auteurs du Songe du Vergier. Ce respect pour toutes les opinions émises, si mal fondées que quelques-unes puissent paraître, témoignera du moins de mes efforts pour arriver à la découverte de la vérité.

J'adopte dans cet examen l'ordre suivant : 1. Philotée Achillini ; 2. Jean de Vertus ; 3. Alain Chartier ; 4. Jean Desmarets ; 5. Jean Lefevre ; 6. Jean de Dormans ; 7. Guillaume de Dormans ; 8. Nicolas Oresme ; 9. Jean de Lignano ; 10. Raoul de Presles ; 11. Philippe de Maizières ; 12. Charles de Louviers.

I ET II. PHILOTÉE ACHILLINI. JEAN DE VERTUS.

(Jean.) Philotée Achillini, né cent ans après la composition du *Somnium Viridarii*, ne doit d'avoir été classé parmi les prétendants qu'à l'analogie du titre d'un poëme italien dont il est l'auteur, *Il Viridario*, avec le titre de l'ouvrage qui nous occupe. C'est donc par une grave erreur que Goldast a réimprimé le *Somnium* dans sa *Monarchia imp. rom.*, sous le nom de Philotheus Achillinus. (Lancelot, *Mémoires de l'Ac. des inscr.*, t. XIII, p. 662.—Baillet, t. VI, p. 501. Texte et notes.—Barbier, *Anonymes*, n° 19823, III. —Paulin Paris, *Mém.*, p. 354.)

Néanmoins l'auteur de la *Lettre* insérée sous le nom de Lamonnoye dans la *Dissertation* de Brunet *sur le Songe du Vergier* a trouvé le moyen, en proposant Jean de Vertus, de rattacher à cette hypothèse le nom de Philotheus Achillinus. « Il « semble, dit-il, que le nom de Philotheus Achillinus n'est « qu'une traduction de Jean de Vertus. Saint Jean était le dis- « ciple bien-aimé du Sauveur du monde; on pouvait donc à « juste titre l'appeler Philothée ou ami de Dieu. » Quant au nom de Vertus, en latin *Virtus*, qui signifie force, courage, l'auteur de la *Lettre* y trouve le type d'Achillinus, « Achille le plus courageux des Grecs, » et il en conclut que Jean de Vertus s'est déguisé sous le nom de Philotheus Achillinus.

Il faut laisser de côté cette bizarre interprétation accolée à la bévue de Goldast pour étudier en elle-même la raison sur laquelle l'auteur de la *Lettre* attribue le Songe du Vergier à Jean de Vertus : « J'ai trouvé, dit-il, dans l'abbaye de Saint-Sulpice de « Bourges un manuscrit du Songe du Vergier : c'est dommage « que la première page y manque, peut-être portait-elle en tête « le vrai nom de l'auteur, je crois du moins l'avoir trouvé à la « fin de la table : celle du premier livre finit par ces mots écrits « de la même main (que le corps du manuscrit) : *Cy finit la table* « *du premier livre du Songe du Vergier*, et on lit ceux-ci aussi « de la même main à la fin de celle du second : *Cy finit la table* « *du second livre du Songe de Vertus, alio nomine vocatur* « *disputatio inter clericum et militem*. Sur le plat du livre en « dehors, on lit aussi ces mots : *Le livre du Songe de Ver-* « *tus, premier et second livre ;* mais ils sont d'une autre main « que le manuscrit. Le nom de Vertus est un nom illustre..... »

que l'auteur de la *Lettre* a vu au bas d'une charte de l'an 1316. Pour combler l'intervalle de soixante années, entre cette date et l'époque de la composition du *Somnium Viridarii*, il ne s'agit que d'avancer cette époque de dix ans, et de prendre pour exemple un bambin nommé secrétaire d'État à quatorze ans, et qui pourra bien cinquante ans plus tard écrire « un ouvrage d'érudition. » Ce raisonnement a probablement beaucoup flatté le jeune comte de Maurepas à qui le compliment est adressé, mais très-certainement il ne convaincra pas le lecteur. (Pour tout ce qui concerne Jean de Vertus, V. *Dissertation* de Brunet, Durand de Maill. p. 510 et 511.)

« Lancelot, dit M. Paris (*Mém.*, p. 354), a prouvé suffisam-« ment que Jean de Vertus n'avait jamais existé. » La réfutation parfaitement raisonnée de Lancelot se trouve à la page 662 de ses mémoires sur Philippe de Maizières. Il faut cependant convenir que si jamais on retrouve le manuscrit de Bourges, qui est égaré ou perdu [1], les critiques auront encore matière à s'exercer sur les indications ci-dessus transcrites.

III. Alain Chartier.

Un mot suffit pour effacer de la liste Alain Chartier : cet écrivain est né en 1386, c'est-à-dire dix ans après la composition du *Somnium*.

IV. Jean Desmarets.

Jean Desmarets, avocat du roi au parlement, fut condamné à mort en 1382, victime des troubles qui desolèrent la France pendant la minorité de Charles VI. Requis, au moment de subir le dernier supplice, de demander pardon au roi, ce respectable magistrat répondait : « J'ai servi au roy Philippe son grand « aïeul, au roy Jean et au roy Charles son père bien et loyaument; « ne oncques ces trois roys ne me sceurent que demander, et « aussi cestuy cy s'il avoit âge et connoissance d'homme ; « à Dieu seul veuil crier mercy. » Celui qui dans ces éloquentes paroles rappelait de vieux services remontant au règne de Philippe de Valois n'est pas l'homme qui remerciait Charles V en

[1] Le manuscrit du *Songe du Vergier* ne se trouve plus à la bibliothèque de Bourges, bien qu'il ait été compris dans un catalogue de cette bibliothèque, rédigé en 1802. (Renseignement dû à l'obligeance de M. le bibliothécaire.)

1376 des faveurs dont ce prince l'avait gratifié deux ans auparavant. L'*explicit* du *Somnium* mis au jour pour la première fois par M. Paulin Paris d'après les manuscrits de la bibliothèque impériale détruit toute conjecture en faveur de Desmarets. Desmarets ne sera pas le seul prétendant [1] qu'on verra échouer devant ce document si précis : *Anno* 1376....., *duobus annis revolutis, inter agentes in rebus domus suæ et in consiliarium me duxit... eligendum.*

V. Jean Lefevre.

« Jean Lefevre, évêque de Chartres, né dans le XIVe siècle, à Paris et « non à Douai, suivit avec succès les cours de l'Université, et fut suc- « cessivement docteur en droit canon et prévost de l'abbaye de Saint- « Waast, d'où il fut élevé, en 1380, au siége épiscopal de Chartres. Il « fut député l'année suivante, par Charles VI, vers le duc de Bre- « tagne pour traiter de la paix, et Louis d'Anjou, roi de Sicile, le fit « son chancelier. Il se prononça fortement en faveur du pape Clé- « ment VII, reconnu seulement par une partie de l'Église..... On a de « ce savant prélat : *Tractatus de schismate, seu de planctu bonorum;* « c'est une réponse au traité *De planctu Ecclesiæ*, composé par Jean « de Lignano en faveur d'Urbain VI. » (*Biographie univ.* de Michaud.)

La mission dont Lefevre fut chargé témoigne de sa capacité comme homme d'État; son *Tractatus de schismate* annonce un prélat bien disposé en faveur de la royauté qui soutenait l'élection de Clément VII contre Urbain VI. Lefevre est appelé à l'évêché de Chartres peu de temps après la composition qui nous occupe. On peut trouver dans ces circonstances des présomptions favorables à Jean Lefevre. Mais sa biographie ne dit pas qu'il ait été membre, soit du conseil du roi, soit du parlement, et c'est une condition essentielle imposée par l'*explicit* dont j'ai tout à l'heure rappelé les termes. D'ailleurs sa qualité de moine et de prêtre me paraît une cause d'élimination. J'ai dit plus haut les raisons qui me déterminaient à mettre hors de concours les membres du clergé.

Au reste l'avocat Brunet, le seul qui ait parlé de Lefevre (*Dissertation*, Durand de Maill., p. 509), l'indique tout simplement sans appuyer cette prétention d'aucun motif.

[1] L'expression de *prétendant* pourra paraître inexacte; mais elle évite une périphrase dont la répétition eût été fatigante. Au surplus, j'ai pour moi l'autorité de M. Paulin Paris.

L'article consacré à Jean Lefevre par Casimir Oudin, dans son ouvrage *De scriptor. eccl. antiquis*, t. III, p. 1196, ne dit pas un mot du Songe du Vergier.

VI ET VII. JEAN ET GUILLAUME DE DORMANS.

Cette attribution paraît due au cardinal Duperron qui parle du chancelier du roi Charles V sans dire si c'est Jean ou Guillaume, tous deux chanceliers sous ce règne (*Harangue* du cardinal Duperron *sur le serment. OEuvres*, p. 629, avec des notes marginales assez obscures). L'indication de Duperron est reproduite dans un écrit intitulé : *Examen du traité de Jean Savaron, de la souveraineté du roi et de son royaume*, Paris, 1615 [1], écrit qu'on attribue généralement à Jean Lecoq, mais que M. Weiss croit être du même cardinal. Dans un livret intitulé *Erreurs et impostures de l'Examen*, etc., Paris, 1616, p. 60, Savaron combat l'opinion qui attribue le Songe du Vergier à l'un des Dormans. L'anonyme et Savaron s'amusent, dans ces écrits, sur les mots *songeur*, *dormant*, *éveillé*. Serait-il surprenant que l'attribution qui fait l'objet de cet article ne dût son origine qu'à un jeu de mots?

Les noms des deux Dormans sont compris dans la nomenclature inscrite sur le frontispice de l'exemplaire de la Bibliothèque impériale, édition S. D. de Jean Petit dont j'ai parlé plus haut. J'ai vu à la bibliothèque de l'Institut sur un exemplaire de l'édition de Galliot Dupré, 1491, cette simple note d'une écriture du XVIIe siècle : « *Par M. le chancelier Dormants* (*sic*) [2]. » Mais lequel des deux frères, si c'est l'un d'eux qu'on a voulu désigner?

Le cardinal Duperron et l'auteur anonyme de l'*Examen* se sont évidemment trompés ; et Savaron, tout en les combattant, n'a pu les convraincre d'erreur, parce qu'il ne connaissait pas plus qu'eux l'*explicit* des manuscrits du *Somnium Viridarii*. Cet explicit ne laisse, comme on l'a vu, aucun doute sur l'époque de la composition de cet ouvrage; il a paru en 1376. Or le cardinal Jean de Dormans, évêque de Beauvais et chan-

[1] Le passage de cet écrit concernant les Dormans se trouve page 36. Je donne cette indication d'après Savaron, n'ayant pu voir le livret anonyme dont il s'agit, qui manque à la bibliothèque impériale et qu'on n'a pas trouvé à la bibliothèque Sainte-Geneviève, bien qu'il soit inscrit au catalogue. Il est probablement relié avec quelques autres ouvrages du même genre.

[2] Je suis redevable de ce renseignement à l'obligeance de M. Tardieu, bibliothécaire.

celier de France sous Charles V, et Guillaume de Dormans, ancien avocat du roi au parlement, devenu chancelier après la retraite du cardinal son frère, sont morts l'un et l'autre en 1373. M. Paris, en opposant cet argument péremptoire (*Mém.*, p. 354) à la prétention élevée en faveur de Guillaume de Dormans, le seul des deux frères qu'il ait nommé, pense avoir mis fin à toute discussion. Qu'il me soit permis cependant de continuer cette étude sur les Dormans.

Guillaume de Dormans, le second chancelier du nom de Dormans sous Charles V, a laissé cinq fils : 1. Jean ; 2. Bernard ; 3. Renaud; 4. Miles; 5. Guillaume. Le premier, comme on le voit, portait le même prénom que son oncle le cardinal; le cinquième se nommait Guillaume comme son père. Le quatrième, Miles de Dormans, a rempli au commencement du règne de Charles VI la fonction de chancelier dont son oncle et son père avaient été revêtus. Les enfants de Guillaume de Dormans étaient dans la maturité de l'âge lors de la composition du *Somnium;* car en 1371, le cardinal leur oncle motivait sa démission de chancelier sur son grand âge; de plus on voit, par les fonctions qu'ils ont remplies, que les bonnes grâces du roi s'étaient perpétuées dans cette famille. J'ai été frappé de cette identité de prénoms et de l'exercice de la même fonction. Je me suis demandé si la tradition ne s'était pas méprise en attribuant à l'un des deux illustres chanceliers de Charles V, une composition qui aurait appartenu à l'un de leurs descendants et neveux. C'est une veine ouverte à de nouvelles recherches, et si je négligeais de l'explorer, il me semble que je manquerais à l'engagement pris d'exposer les titres de tous ceux à qui peut être attribué le Songe du Vergier. Je laisse à l'écart Bernard et Renaud de Dormans, parce qu'il n'y a pas les mêmes raisons de supposer, en ce qui les concerne, l'erreur historique sur laquelle s'appuie mon hypothèse. Ainsi, je borne ma tâche à combattre la réclamation qu'on pourrait élever en faveur soit de Jean de Dormans deuxième du nom, et de Guillaume de Dormans deuxième du nom, soit du chancelier Miles de Dormans.

Jean de Dormans a été chanoine de Paris, de Chartres et de Beauvais; Guillaume, après avoir été évêque de Meaux, fut appelé au siége archiépiscopal de Sens. La qualité d'ecclésiastique de ces deux personnages me paraît, par la raison énoncée plus haut, une cause suffisante d'exclusion.

Je prononce la même sentence contre Miles de Dormans qui a été successivement évêque d'Angers, de Bayeux et de Beauvais. Mais on peut dire : Miles, qui fut élevé à la dignité de chancelier, avait exercé, avant d'être appelé à l'épiscopat, la fonction de président à la chambre des Comptes; ne serait-il pas possible qu'il eût dépouillé sa robe de prêtre pour défendre comme Chevalier ès lois, en face d'un Clerc fictif, les droits de la royauté? Si cette objection était présentée, je répondrais que Miles de Dormans a été nommé président des comptes en 1361. Or, comment n'aurait-il pas rappelé cette fonction dans l'*explicit* de 1376, au lieu de s'annoncer comme honoré des faveurs du roi depuis deux années seulement?

(Pour tout ce qui est relatif à la famille de Dormans, voir le *Dictionnaire* de Moreri. On peut aussi consulter les autres dictionnaires historiques et les frères de Sainte-Marthe, *Histoire généalog. de la maison de France*, t. II, p. 961 de l'édition de 1647.)

VIII. Nicolas (ou Nicole) Oresme.

On croit généralement qu'Oresme est né dans un petit village appelé Allemagne, près de Caen. (*Biog. univ.* de Michaud, et Meunier, *Essai sur la vie et les ouvrages d'Oresme*. Paris, 1857, in-8°.)

« Nicolas Oresme fut docteur en théologie de la Faculté de Paris; il « devint en 1355 grand maître du collége de Navarre..... Successive- « ment archidiacre de Bayeux, doyen du chapitre de Rouen, trésorier « de la Sainte-Chapelle de Paris, et célèbre au loin par ses connais- « sances en philosophie et en mathémathiques, il fixa l'attention du « roi Jean qui le donna pour précepteur à son fils en 1360..... Son « élève, devenu roi, le nomma évêque de Bayeux en 1377; ce prince « rechercha ses conseils dans les matières d'administration et y dé- « féra souvent..... Oresme mourut dans le chef-lieu de son diocèse, le « 11 juillet 1382. » (*Biogr. univ.*)

M. Meunier divise en quatre articles les ouvrages composés incontestablement par Oresme et ceux qui lui ont été attribués :

1° *Ouvrages composés en latin* (au nombre de huit);

2° *Ouvrages et traductions en français* (au nombre de cinq);

3° *Ouvrages rédigés en latin, dont le texte ne se trouve plus et dont l'authenticité peut être aussi bien affirmée que niée* (au nombre de quatre);

4° *Ouvrages rédigés soit en latin soit en français, dont l'authenticité a été ou peut être légitimement contestée* (au nombre de huit, dont fait partie le *Songe du Vergier*.)

« Jehan Terano, secrétaire d'Urbain VI, composa un livre à « sa faveur, où, non content de montrer qu'il était le vrai

« pape, il voulut avancer sur l'autorité des rois, et prouver, « par des raisons sophistiques, que la puissance des princes « temporels est expirée avec le paganisme et tout à fait trans- « mise au saint-siége. Charles V, roi de France, commanda à « Nicolas Oresme, jadis son précepteur et qu'il avait promu à « l'évêché de Bayeux, d'écrire contre ces impertinences; et ce « fut alors que l'on tient qu'il composa le Songe du Vergier « qui n'est point une rêverie, mais un puissant raisonnement « où il introduit le Clerc et le Gentilhomme disputant de l'au- « torité du pape et de celle des princes. *Vide* Mézerai, en la « *Vie de Charles V, roi de France*, au premier tome, f° 912, « verso. » (*Note man. d'une écriture du XVIIe siècle, sur le frontispice d'un exemplaire du Songe du Vergier, édit. S. D. de Jehan Petit, faisant partie de la bibliothèque des avocats de la Cour impériale de Paris.*)

« Mézerai, 2° édit., p. 912, l'attribue à Nicolas Oresme, « évêque de Bayeux, pour répondre à l'antipape Clément. » (*Note man. d'une écriture du XVIIIe siècle, sur le frontispice d'un exemplaire de l'édition française S. D. de Jean Petit, étant à la bibliothèque impériale.*)

Ces notes, comme on le voit, n'ont par elles-mêmes aucune autorité, puisqu'elles sont extraites de l'*Histoire de France* de Mézerai. (Paris, 1643, in-f°, t. I, p. 912.) Mézerai, qui travaillait avec une extrême légèreté, inspire peu de confiance. Il y a de plus ici un anachronisme qui ôte presque toute valeur à l'allégation de l'historien : en effet, le *Somnium Viridarii*, achevé en 1376, n'a pu être composé en vue de combattre les prétentions du pape Urbain VI, élu seulement en 1378.

M. Meunier pense que c'est à tort qu'on a attribué le Songe du Vergier à Nicolas Oresme. Voici ses raisons :

« 1° Les ouvrages qu'Oresme a écrits en latin et en français « le sont dans un autre style et dans un autre esprit que celui « dont il s'agit.

« 2° En 1377, Oresme était occupé de son traité *du Ciel et* « *du Monde*, et c'est cette même année qu'il fut appelé à l'évê- « ché de Bayeux; le temps lui manquait pour écrire un autre « ouvrage.

« 3° Supposé qu'il en eût eu le temps, en aurait-il eu la vo- « lonté? Ce n'était pas un très-ardent champion de la préroga- « tive royale que celui qui a écrit le traité *des Monnaies*.

« 4° Oresme aurait-il composé un ouvrage en faveur de l'au-« torité royale et contre la suprématie temporelle de la puissance « ecclésiastique dans le temps où il jouissait déjà ou allait « bientôt jouir d'une partie de cette puissance? Ni le *Somnium* « *Viridarii* ni le *Songe du Vergier* ne sont d'un évêque du « XIV° siècle. Ils sont plutôt de Raoul de Presles, ou de Phi-« lippe de Mezières. » Et l'auteur renvoie aux Mémoires de Lancelot, de l'abbé Lebeuf et de M. Paulin Paris, insérés dans le *Recueil de l'Académie des inscriptions*. (*Essai sur la vie*, etc., p. 134 et 135 [1].)

L'ultramontanisme ne remonte pas aussi haut qu'on pourrait le croire. Au XIV° siècle, le clergé faisait cause commune avec la royauté contre les prétentions des papes. Il est donc difficile de tenir compte du dernier argument invoqué contre Oresme par M. Meunier. L'induction tirée des occupations d'Oresme à l'époque de la composition du Songe me paraît d'une faible valeur; je ne dis rien du livre *des Monnaies*, que je ne connais pas [2]. Je ne connais pas non plus les autres ouvrages d'Oresme; je ferai seulement remarquer, d'après le catalogue que nous en donne M. Meunier, qu'Oresme a composé cinq traités contre l'astrologie judiciaire, et l'on peut dire que, sous ce rapport du moins, il y a conformité d'idées entre cet écrivain et l'auteur du Songe du Vergier. Bien que je trouve l'argumentation de M. Meunier plus ou moins susceptible d'être contredite, je n'hésite pas à dire que son opinion, qui repose sur une étude approfondie de la vie et des ouvrages d'Oresme, doit être prise en grande considération.

M. Paulin Paris oppose à la prétention élevée en faveur d'Oresme un argument radical. Selon cet académicien, c'est à Oresme, traducteur des *Ethiques* et des *Economiques* d'Aristote, que s'adresse le trait lancé à la fin du 186° chapitre du premier livre contre les professeurs d'*Eticques, d'yconomicques* et de *politicques*, d'où M. Paris conclut tout naturellement qu'Oresme ne peut être l'auteur de l'ouvrage. (*Mém.*, p. 346 et 354, et *Manusc. franç.*, t. IV, p. 305.) Ce qui est certain, c'est que le

[1] Je dois la connaissance de l'ouvrage de M. Meunier à M. Lemercier, avocat à Louviers.

[2] J'ai maintenant une idée du *Traité des monnaies*, grâce à une savante analyse de cet ouvrage, publiée par M. Wolowski dans *le Moniteur* des 16-17 août 1862. Oresme était certainement l'un des hommes les plus remarquables de son temps.

trait atteint nécessairement l'ancien instituteur de Charles V; ainsi, quand même on écarterait toute intention de personnalité, la conclusion n'en serait guère moins rigoureusement juste.

J'ajoute que le caractère dont Oresme était revêtu est pour moi une fin de non-recevoir difficile à combattre. J'ai dit plus haut les raisons qui mettent hors de concours tout membre du clergé.

Et puis, je n'ai vu nulle part que Nicolas Oresme ait été officier de la maison du roi et attaché soit au grand conseil, soit au parlement. C'est cependant une condition indispensable pour être classé parmi les prétendants, depuis que M. Paris a découvert et publié l'*explicit* des manuscrits du *Somnium Viridarii* existant à la bibliothèque impériale : *inter agentes et in consiliarium* avec la date de 1374. A cette époque, Oresme devait être tout simplement doyen du chapitre de Rouen.

IX. Jean de Lignano.

On ne sait si Jean de Lignano est originaire de Milan ou de Bologne. *Quem alii mediolanensem, alii Bononiensem fuisse volunt.* Le pape Grégoire XI le nomma son vicaire général à Bologne, en 1377. Il paraît que cette fonction appartenait à l'ordre civil, puisque Jean de Lignano était marié, *Uxorem habuit Novellam, filiam Federici Colderini.* Le pape Urbain VI, successeur de Grégoire XI, députa Jean de Lignano vers l'Université de Paris. Jean de Lignano est mort le 16 février 1383.

Son premier écrit *Tractatus de Bello* a été imprimé à Paris en 1512. J. de Lignano a composé d'autres ouvrages, la plupart restés manuscrits.

(Extrait d'un long article consacré à J. de Lignano par Casimir Oudin, dans son ouvrage : *De scriptoribus Ecclesiæ antiquis, III*, p. 1072. — J. de Lignano n'a pas d'article dans le *Dictionnaire* de Moreri, ni dans la *Biogr. univ.* de Michaud.)

« On est fort incertain, dit l'académicien Camus, quel fut « l'auteur du Songe du Vergier. J'ai fait sur cet objet et sur tout « ce qui a rapport au Songe du Vergier, des recherches consi- « dérables que j'ai lues à l'Académie des (inscriptions et) belles- « lettres, les 26 et 29 avril 1785. J'en présentai un extrait à la « séance publique de la même année. Le résultat de mes re- « cherches est que le Songe du Vergier a été écrit par Jean de « Lignano, docteur en théologie de la Faculté de Paris[1], ou

[1] On a vu, dans la courte notice qui est en tête de cet article, que J. de Lignano était marié. Casimir Oudin en parle comme d'un docteur bolonais

« par Charles de Louviers, conseiller du roi Charles V. » (*Bibl. des livres de droit*, 3e édit., 1805, p. 283; — 4e édit., p. 460; — 5e édit., p. 516.) Il est vraisemblable que c'est le même travail qui a été communiqué par Camus, à l'Institut national, en l'an VII : « Le citoyen Camus a lu la notice d'un livre intitulé « *le Songe du Vergier* (*Somnium Viridarii*), qui a été composé « dans les deux langues, latine et française, sous le règne de « Charles V..... Le citoyen Camus a traité, relativement au « *Songe du Vergier*, plusieurs questions de critique et de « bibliographie.....; il a particulièrement examiné quel était « l'auteur de ce livre, question fort débattue entre les biblio- « graphes, et le résultat de son opinion est qu'il a été composé « par Charles de Louviers. » (*Magasin encyclopédique*, an VII [1799], 5e année, p. 234; compte rendu par Collin d'Harleville.) L'auteur de cet article, très-superficiel comme on le voit, n'a-t-il pas oublié d'ajouter le nom de Jean de Lignano à celui de Charles de Louviers? Il ne paraît pas, en effet, que l'opinion de Camus se soit modifiée de 1785 à 1799, puisque c'est postérieurement à cette dernière époque que Camus exprime son incertitude entre Jean de Lignano et Charles de Louviers[1]. Quoi qu'il en soit, M. Paulin Paris, en constatant que la conclusion de Camus en faveur de Jean de Lignano est dénuée de toute preuve, a cru n'en devoir tenir aucun compte. (*Mé-*

(docteur en droit sans doute). Je ne me rends pas compte du titre que lui donne Camus.

N'ayant pas trouvé dans nos bibliothèques tous les renseignements biographiques que j'aurais désiré avoir sur Jean de Lignano, j'ai fait pour les obtenir des démarches réitérées auprès du bibliothécaire de Bologne. Elles sont restées sans résultat.

[1] La publication, comme on l'a vu plus haut, est de 1805. Camus était mort dès 1804, mais c'est sur le manuscrit qu'il avait laissé que l'ouvrage a été mis au jour par les soins de son ami Boulard, notaire.

J'ai cherché inutilement, au secrétariat de l'Institut, le travail lu par Camus à l'Académie des inscriptions et ensuite à l'Institut national. Je n'en suis pas moins reconnaissant envers M. le chef du secrétariat des soins qu'il a bien voulu prendre pour me procurer ce document. Les *Recherches considérables* auxquelles s'est livré Camus auraient probablement répandu quelque lumière dans cette discussion.

M. Guerard, auteur de la *France littéraire*, a eu l'obligeance de consulter ses nombreuses notes pour me venir en aide. Je le prie d'en recevoir mes remerciments.

Il n'est pas impossible qu'un autre chercheur soit plus heureux que moi dans ses investigations.

moires, page 356; *Manusc. franç.*, tome IV, page 305.)

Cependant cette attribution mérite d'être examinée et combattue.

Je conjecture que, dans son mémoire sur le Songe du Vergier, Camus s'est appuyé, pour attribuer cet ouvrage à Jean de Lignano, sur un passage de Jean Savaron, lequel s'appuie lui-même sur deux lignes d'Honoré Bonnor, auteur presque contemporain de l'auteur du Songe du Vergier. Voici ce que dit Savaron : « Honoré bon Provençal, au discours qu'il a fait des « guerres sous le roi Charles VI, cite Jean de Lignan auteur du « *Songe*; il n'ajoute pas *du Verger*; mais la proximité du temps « fait présumer qu'il entend le *Songe du Verger*. » (*Erreurs et impostures de l'Examen*, etc., p. 62.) Au lieu de Honoré bon Provençal, il faut lire Honoré Bonnor (ou *Bonnet*), Provençal, et se reporter à l'*Arbre des batailles*, composé par cet écrivain [1]. On y trouvera ce qui suit : « Item, pape qui glosa les Decre- « tales, dit que le roy de France nestoit point subget a lempe- « reur de droit escript, mais est home du pape. *Et ceste mesme* « *oppinion recite Jehan de Lignen en ung livre que il fist de ung* « *Songe*. » (Liv. IV, chap. 107.)

Ces derniers mots, je l'avoue, m'ont longtemps inquiété. Mais, après un mûr examen, j'ai trouvé les plus fortes objections contre cette attribution. Bien qu'il soit assez difficile de former Lignen de l'italien Lignano, je ne m'arrête pas à l'orthographe du nom; j'ai à présenter des arguments plus sérieux. Et d'abord quelle est l'*oppinion* que *recite Jehan* de Lignen? L'auteur de l'*Arbre des batailles* aurait-il eu en vue les chapitres 35 et 37 du premier livre du Songe du Vergier? Mais quelle autorité pouvait avoir le témoignage du Clerc invoqué en faveur du pouvoir pontifical, quand l'indépendance des deux juridictions est le sujet même du Songe du Vergier? Faire dire à l'auteur qui, sous le nom du Chevalier, est l'organe de la royauté, que le roi de France est homme du pape, n'eût-ce pas été un absurde mensonge?

[1] Je n'aurais jamais trouvé que l'adjectif *bon* devait être remplacé par le nom *Bonnor* (ou *Bonnet*); c'est à l'érudition de M. Rouard, conservateur de la bibliothèque Méjanes à Aix, que je dois ce renseignement. M. Rouard, en me signalant la faute de Savaron ou de son imprimeur, m'a mis à même de chercher dans l'*Arbre des batailles* le passage qui pouvait s'appliquer à la citation de cet écrivain.

Au reste, quelle apparence que le roi Charles V ait été chercher un jurisconsulte bolonais pour soutenir les droits de la royauté contre les prétentions du pouvoir pontifical? Et à quelle occasion Jean de Lignano aurait-il reçu du roi la double faveur accordée en 1374, ainsi que l'annonce l'*explicit* transcrit plus haut, à l'auteur du Songe du Vergier? En 1377, le pape Grégoire XI confère à Jean de Lignano la fonction de vicaire général à Bologne. Est-ce pour récompenser ce prétendu auteur du Songe d'avoir voulu restreindre la puissance temporelle de la papauté, d'avoir, sous l'inspiration de Charles V, conseillé à Grégoire XI de conserver sa résidence à Avignon, quand ce pape avait si fort à cœur de transférer, comme il l'a fait, le saint-siége à Rome? Poursuivons. On sait qu'après la mort de Grégoire XI, en 1378, deux papes furent élus pour lui succéder, l'un sous le nom d'Urbain VI, l'autre sous le nom de Clément VII. La France s'était prononcée pour ce dernier. (P. Dupuy, *Histoire..... du schisme des papes;* Brusselle, t. II, p. 15.) Cependant Jean de Lignano est député par Urbain VI vers l'Université de Paris; il compose, pour soutenir l'élection de ce pape, le livre dont j'ai parlé à l'article Oresme : *De Fletu Ecclesiæ.* Est-il possible de concilier ces actes avec le rôle qu'aurait rempli Jean de Lignano auprès de Charles V, s'il eût été l'un des officiers de l'hôtel, conseiller du roi et l'auteur du Songe? Il y a plus : où voit-on que Jean de Lignano soit venu en France avant la mission dont il fut chargé en 1378 ou 1379, c'est-à-dire deux ou trois ans après la composition du *Somnium Viridarii?* Il est permis de supposer que Jean de Lignano, si tant est que ce soit l'écrivain dont Bonnor ait entendu parler, a introduit dans l'un de ses ouvrages la fiction d'un songe, suivant la manie du temps, et que là se trouve énoncée l'opinion rapportée dans l'*Arbre des batailles.*

L'indication présentée hypothétiquement par Savaron me paraît donc dénuée de toute probabilité. Je n'ai pu combattre directement Camus, dans l'ignorance où je suis des motifs qui ont déterminé sa conclusion. Mais il semble que la biographie de J. de Lignano suffit pour détruire les arguments qui ont pu être invoqués en sa faveur. MARCEL.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

DE LA PRESCRIPTION DES INFRACTIONS,

DONT LE CARACTÈRE EST INCOMPLÉTEMENT DÉFINI DANS LA LOI PÉNALE.

Par M. Paul Bernard, docteur en droit, procureur impérial
à Château-Thierry (Aisne).

1. La loi criminelle a déterminé le temps après lequel les diverses infractions punissables sont prescrites. Les articles 637, 638 et 640 du Code d'instruction criminelle fixent les délais de *dix ans*, de *trois ans* et *d'un an*, suivant qu'il s'agit de *crimes*, de *délits* ou de *contraventions*.

En rapprochant ces dispositons de l'article 1er du Code pénal qui qualifie *crimes* les infractions punies de *peines afflictives ou infamantes; délits* les infractions punies *de peines correctionnelles*, et *contraventions* les infractions auxquelles sont applicables *les peines de simple police*, on obtient une règle uniforme, facile à retenir, facile à appliquer.

Comme cette règle est fondée sur des considérations d'ordre public et eu égard à la gravité de chaque infraction, il faut la considérer comme une disposition de droit commun s'appliquant à toutes les lois postérieures au Code pénal qui ne contiendraient pas une disposition spéciale sur la prescription (Cass., 11 juin 1829, *Bull.*, n° 123; Cass., 22 août 1834, *Bull.*, n° 283; Cass., 14 mai 1835, *Bull.*, n° 181.

2. Mais quelle sera la règle lorsque par exception, soit dans le Code pénal, soit dans des lois spéciales, le fait à réprimer aura reçu une qualification qui n'aura plus été déduite de la peine; par exemple lorsqu'il est qualifié par la loi *crime* ou *délit* et n'est passible que d'une peine correctionnelle ou de simple police, ou bien réciproquement quand le fait est qualifié contravention et qu'il est passible d'une peine correctionnelle? *Faut-il mesurer la prescription sur la qualification légale ou sur la nature de la peine?*

Il est peu de questions qui aient provoqué des solutions plus contradictoires dans la doctrine; tout est confusion. Les uns adoptent comme cause déterminante de la prescription la qualification de l'infraction, les autres la nature de la peine. La Cour de cassation a adopté tantôt un système, tantôt

un autre. Elle a invoqué des principes contradictoires pour juger plutôt en fait qu'en droit, de sorte qu'il est impossible, par l'analyse de ses arrêts, de formuler une règle quelconque.

Faut-il ainsi flotter à l'aventure? C'est l'arbitraire, c'est-à-dire un abîme de perplexités pour la conscience des juges et souvent l'injustice pour les citoyens.

Parcourons les différentes hypothèses qui réclament l'application d'un principe invariable et examinons les solutions diverses qu'elles ont reçues eu égard aux règles du droit criminel. Peut-être arriverons-nous à ce résultat que la difficulté est plus apparente que réelle et que la règle générale est applicable toutes les fois que le texte précis de la loi n'indique pas une exception.

3. Il existe des contraventions de simple police que le législateur a élevées au rang des délits, lorsqu'elles sont commises en récidive dans les douze mois qui suivent une première condamnation. Quelle prescription faut-il leur appliquer? La prescription triennale. Il ne faut plus considérer l'infraction dans son essence et dans les conditions où la loi la qualifie de contravention : de simple elle devient complexe dès qu'une circonstance aggravante, celle de la récidive, y est adhérente. Cette circonstance aggravante est modificative de sa nature intrinsèque et motive une qualification nouvelle ; la juridiction qui en connaît est plus élevée, la pénalité est aggravée, la contravention est métamorphosée en délit. Toutes les règles relatives à la poursuite, à l'instruction, au jugement des délits lui deviennent donc communes.

La Cour de cassation l'a jugé ainsi le 15 décembre 1849 :

« Vu les articles 185 et 192 du Code forestier, 137, 179, 638 « et 640 du Code d'instruction criminelle;

« Attendu que l'enlèvement d'un chêne de 6 décimètres de « tour dans une forêt de l'État dont le tribunal supérieur de « Tours reconnaît que Jacquelin s'est rendu coupable en 1847, « constaté par un procès-verbal seulement dix-huit mois après « la perpétration, a été déclaré prescrit comme simple contra- « vention de police, en vertu de l'article 640 du Code d'instruc- « tion criminelle;

« Mais attendu que s'il est vrai qu'en l'absence de procès- « verbaux la prescription des délits forestiers doit être réglée « d'après les dispositions du Code d'instruction criminelle, il

« est admis en fait, par les juges du fond, que le prévenu était « en récidive et que l'amende de 8 fr. 40 c. prononcée par « l'article 192 du Code forestier., à raison de la grosseur de « l'arbre, devait être élevée à 16 fr. 80 c., en exécution de « l'article 200 ;

« *Qu'un fait passible de plus 15 de francs d'amende, ne « pouvait donc, sous aucun rapport, être traité comme une sim- « ple contravention ; qu'il constituait en réalité un délit à l'égard « duquel la durée de la prescription*, à défaut de procès-verbal, « se trouvait régie par l'article 638 du Code d'instruction cri- « minelle ;

« D'où il suit qu'en déclarant, dans ces circonstances, acquise « au prévenu la prescription d'une année, le jugement attaqué « a faussement appliqué l'article 640 et violé, en ne les appli- « quant pas, les articles 638 dudit Code et 192 du Code fores- « tier. »

Voilà donc la règle générale clairement posée par la Cour suprême en ce qui concerne les contraventions élevées à la classe des délits ; nous l'appliquerons sans difficulté :

1° Aux jeux de loterie ou jeux de hasard tenus en récidive (dans les douze mois) dans les rues, chemins, place et lieux publics. L'emprisonnement est de six jours à un mois et l'amende de 16 francs à 200 francs (art. 475, n° 5, du Code pénal) ;

2° A la perception, en récidive, dans les douze mois du droit de péage des bacs, bateaux et ponts, plus forts que ceux portés au tarif. L'emprisonnement peut être élevé à six jours (lois du 6 frimaire an VI, art. 52 ; 19-22 juillet 1791, titre Ier, art. 15 ; Code brumaire an IV, art. 607, 608 ; Code pénal, 483) ;

2° Aux contraventions en récidive à la loi sur le travail des enfants dans les manufactures. L'amende est de 16 francs 500 francs (loi du 24 mars 1841, art. 12) ;

4° A la réception, en récidive, des apprentis par des maîtres incapables. L'emprisonnement est de quinze jours à trois mois et l'amende de 50 francs à 300 francs. (Loi du 22 février 1851, art. 6, et 20, paragraphe dernier) ;

5° Au refus, en récidive, d'un ouvrier de déférer aux réquisitions du ministère public pour l'exécution des jugements (loi du 22 germinal an IV ; Tarif criminel, art. 114) ;

6° Aux contraventions forestières dans les bois des particuliers, lorsque la récidive qui double la peine amène une

amende de plus de 15 francs (Code forestier, art 190 et 200);

7° A la fraude simple, en récidive, sur les sels (loi du 17 septembre 1814, art. 29, 30 et 31);

8° Enfin, au refus de service, comme garde national dans l'année qui suit une seconde condamnation du conseil de discipline pour semblable fait. L'emprisonnement est de six à dix jours (Loi du 13 juin 1851, art. 83).

4. Sur cette dernière infraction, toutefois, nous sommes arrêtés par un arrêt de la Cour de cassation auquel on a peut-être, il est vrai, donné une portée qu'il ne devait pas avoir.

« Attendu, dit la Cour, que les infractions disciplinaires au « service de la garde nationale doivent être assimilées aux « contraventions de simple police. » (24 mai 1835, 20 novembre 1850.)

La pensée de M. Faustin Hélie lui-même paraît être (t. III, pages 686 et 690 *Instr. crim.*) que la Cour suprême a voulu établir une règle générale pour toutes les infractions disciplinaires, quel que soit leur nombre et quoiqu'elles soient déférées à la juridiction correctionnelle.

Il faut se reporter au texte de la loi pour se convaincre que cette interprétation est erronée et que si la Cour suprême avait voulu statuer sur toutes les contraventions, elle aurait posé un principe en contradiction flagrante avec l'arrêt que nous avons cité plus haut. La Cour de cassation a statué sous l'empire de la loi du 22 mars 1831. Voyons les textes. Les articles 89 et 92 sont ainsi conçus :

Art. 89. Pourra être puni de la prison pendant un temps qui ne pourra « excéder deux jours, et en cas de récidive, trois « jours : 1° tout sous-officier, caporal et garde national coupable « de désobéissance et d'insubordination, ou *qui aura refusé « pour la seconde fois un service d'ordre et de sûreté.* »

Art. 92. Tout garde national qui, dans l'espace d'une année, aura subi deux condamnations du conseil de discipline pour refus de « service, sera pour la troisième fois, traduit de- « vant les tribunaux de police correctionnelle et condamné à « un emprisonnement qui ne pourra être moindre de cinq jours « ni excéder dix jours. En cas de récidive, l'emprisonnement « ne pourra être moindre de dix jours ni excéder vingt jours; « il sera, en outre, condamné aux frais et à une amende qui ne « pourra être moindre de 5 francs ni excéder 15 francs dans le

« premier cas, et dans le deuxième, être moindre de 15 francs « ni excéder 50 francs. »

Il résulte de ces deux articles : 1° que chaque double refus de service constituait une infraction ; 2° que les deux premières infractions commises dans l'année étaient de la compétence des conseils de discipline ; 3° que l'infraction (troisième) commise dans l'année de ces deux condamnations devait être portée devant le tribunal correctionnel ; 4° enfin que la quatrième contravention, dans la même année, constituait la récidive devant le tribunal correctionnel. (V. arret du 15 février 1833 ; Dalloz, P., n° 394, v° *Garde nationale*.) Lorsque la troisième et la quatrième infraction n'avaient pas été commises dans l'année de la première condamnation disciplinaire, elles n'étaient plus de la compétence du tribunal correctionnel, mais étaient soumises de nouveau au conseil de discipline.

Malgré cette exception à l'article 483 du Code pénal qui était toute favorable aux contrevenants, rien dans le texte n'indique que les deux contraventions élevées à la classe des délits, 1° par la quotité de la peine, 2° par la compétence, aient été soumises exceptionnellement à la prescription d'un an et qu'on ait voulu les soustraire à la prescription triennale du droit commun. Le délai d'un an dans lequel doivent être resserrées les quatre infractions est sans doute une circonstance constitutive du délit en ce qui concerne la troisième et la quatrième infraction ; mais il n'est pas exclusif du délai de trois ans pour l'exercice de l'action publique : la contravention est métamorphosée en délit par l'indiscipline persévérante et incorrigible du garde national et, son existence constatée, la poursuite est soumise au droit commun.

On pourra objecter, il est vrai, qu'il est bien sévère de ne soumettre qu'à la prescription triennale ces contraventions disciplinaires, parce que l'ordre public n'est pas intéressé à ce que leur répression ait lieu après un délai moral ; on objectera aussi que dans notre système le garde national aurait pu être poursuivi devant le tribunal correctionnel, dans la seconde et la troisième année, pour la quatrième infraction, tandis que *la cinquième*, c'est-à-dire la première commise dans *la seconde année* ne l'aurait rendu passible que de peines de simple police et de la juridiction disciplinaire. — Je réponds que cela aurait pu arriver aussi pour la troisième infraction qui existe dès

qu'elle est commise dans l'année de la première, et qui pourrait être poursuivie pendant un délai fort long, si elle avait été commise sur la limite de l'année. D'ailleurs, en fait, l'inconvénient résultant de poursuites tardives n'existait pas, et, en droit, la faculté de poursuivre pendant trois ans était facile à justifier; car la pensée du législateur était précisément de réprimer sévérement l'insubordination du garde national qui, dans le cours d'une même année, se rendait coupable de huit refus de service successifs.

La loi de 1851 a supprimé avec raison l'exception que celle de 1831 avait faite au principe de la récidive. On ne comprendrait pas pourquoi une cinquième infraction, quoique survenue dans le cours de la seconde année, n'aurait pas constitué le contrevenant en récidive s'il avait refusé le service dans les douze mois de la dernière condamnation. La loi nouvelle est plus sévère sous plusieurs rapports; elle statue ainsi :

« Art. 88. Après deux condamnations pour refus de service, le « garde national est, en cas de troisième refus de service dans « l'année, traduit devant le tribunal de police correctionnelle et « condamné à un emprisonnement qui ne peut être moindre de « six jours, ni excéder dix jours.

« En cas de récidive dans l'année, à partir du jugement cor- « rectionnel, le garde national est traduit de nouveau devant le « tribunal de police correctionnelle et condamné à un empri- « sonnement qui ne peut être moindre de dix jours, ni excéder « vingt jours.

« Il est en outre condamné aux frais et à une amende qui ne « peut être moindre de 16 francs, ni excéder 30 francs dans le « premier cas, et, dans le deuxième, être moindre de 30 francs, « ni excéder 100 francs. »

De ce que le législateur a soumis cette dernière infraction à la récidive des contraventions, on ne saurait conclure qu'il a voulu ne la considérer que comme une contravention pure et simple. On voit dans la plupart des lois qui ne prononcent que des pénalités peu élevées, une récidive de même nature; en effet, sans ces dispositions spéciales il n'y aurait jamais récidive de la part des délinquants, puisque, suivant l'article 56 du Code pénal, il n'y a récidive *légale* et aggravation de pénalité que lorsque les coupables ont été antérieurement condamnés à une année d'emprisonnement.

J'ai vainement recherché un arrêt relatif à la prescription depuis la loi nouvelle. Je n'hésite pas à penser que les infractions déférées au tribunal correctionnel sont prescriptibles par trois ans, parce qu'elles sont punies de peines correctionnelles.

5. En matière de contributions indirectes, la Cour de cassation a toujours décidé avec raison que la prescription de trois ans devait être appliquée aux contraventions fiscales :

« Attendu qu'on ne peut ranger parmi les contraventions de « police simple les contraventions aux lois qui concernent la « perception des contributions indirectes, puisque les amendes « qui doivent être imposées aux contrevenants excèdent tou- « jours le maximum de l'amende, porté à 15 francs pour les « contraventions de police. » (Cass., 25 novembre 1818.)

La Cour applique le principe que la nature de l'infraction est indiquée par la peine qui lui est infligée, conformément à la règle du Code pénal.

6. C'est en vertu du même principe qu'elle décide que le délit d'exercice illégal de la médecine n'étant puni, d'après l'article 36 de la loi du 19 ventôse an XI, que d'une amende de simple police, n'est pas prescrit par trois ans, mais par un an.

Cette solution est juridique si l'on admet, avec la doctrine et la jurisprudence, que l'exercice illégal de l'art de guérir sans usurpation de titre, constitue une simple contravention. Il est évident que dans ce système, la seule attribution de l'infraction aux tribunaux correctionnels ne pourrait conférer à celle-ci la qualification de délit, puisque les infractions *punies de peines de simple police* sont *des contraventions*.

Mais, ainsi que l'a établi avec beaucoup de lucidité notre honorable ami et collègue M. Ferdinand Jacques [1], ce système, qui amène mille complications inextricables et des solutions arbitraires, est contraire à la loi. Ce magistrat dit : « La loi du « 19 ventôse an XI a été promulguée sous l'empire du Code « du 3 brumaire an IV, qui contenait les dispositions suivantes :

« Art. 599. Les peines sont ou de simple police, ou correc- « tionnelles, ou infamantes, ou afflictives.

« Art. 600. Les peines de simple police sont celles qui con- « sistent dans une amende de la valeur de trois jours de travail

[1] V. *Journal du ministère public*, t. III, art. 219, une dissertation de M. Ferd. Jacques, procureur impérial à Orange.

« ou au-dessous, ou dans un emprisonnement qui n'excède pas « trois jours. Elles se prononcent par les tribunaux de police.

« Art. 601. Les peines correctionnelles sont celles qui con- « sistent dans une amende au-dessus de la valeur de trois jour- « nées de travail ou dans un emprisonnement de plus de trois « jours. Elles se prononcent par les tribunaux correction- « nels (etc.).

« Dans ce système tout marche avec simplicité et régu- « larité. La loi spéciale prononce-t-elle une peine, elle est « appliquée conformément à l'article 609 du même Code; se « contente-t-elle d'incriminer le fait sans préciser le châtiment, « la peine se détermine d'après la juridiction compétente. Si « le juge de police est appelé à statuer, il se conformera aux « articles 600 et 606 du Code de brumaire, et infligera jusqu'à « trois jours de prison et trois journées de travail. Si le tribunal « correctionnel est compétent, dans le silence de la loi spé- « ciale, il prononcera en vertu de la loi générale (art. 601 et « 606 du même Code) une amende égale à quatre journées de « travail ou un emprisonnement de quatre jours [1]. A une époque « où les circonstances atténuantes n'existaient pas, on ne pou- « vait, sous aucun prétexte, abaisser la peine au-dessous de ce « minimum. En appliquant cette idée à la loi du 19 ventôse, on « était amené à dire que le simple exercice illégal était puni « d'une amende de la valeur de quatre journées de travail; si « l'on y joignait l'usurpation du titre d'officier de santé, l'a- « mende était au minimum de quatre journées de travail et « pouvait atteindre 500 francs; s'il y avait usurpation du titre « de docteur, on permettait aux juges d'élever le maximum « jusqu'à 1,000 francs. »

Le Code pénal a fait subir un changement peu important aux classifications du Code de brumaire. Les quatre journées de travail qui constituaient le minimum de l'amende correctionnelle sont remplacées par 16 francs. Par conséquent l'attribution seule de ce délit aux tribunaux correctionnels, à une époque où cette attribution fixait la pénalité, a, dès cette époque aussi, fixé la qualification, et doit produire aujourd'hui le même résultat.

« On objectera que le minimum du Code de brumaire est

[1] *Répert.* de Merlin, v° *Médecine*, § 2, un arrêt du 29 fructidor an X.

« différent de celui de la loi actuelle; « mais, dit M. Jacques, le « Code actuel ayant élevé le niveau des peines, il en est résulté « pour toutes les infractions une certaine aggravation qui dé- « coule naturellement de l'abrogation de l'ancienne loi et de « son remplacement par la nouvelle. Ce principe une fois posé, « le législateur n'avait plus besoin d'en déduire les consé- « quences. »

Cela paraît logique; la loi ne statuant que pour l'avenir, nul ne pourrait se plaindre de cette aggravation; tout au plus pourrait-on soutenir que c'est la loi de brumaire qui est applicable en ce que les tribunaux correctionnels devraient prononcer l'amende de quatre journées de travail comme *minimum*, en faisant l'évaluation en argent comme ils la font à l'égard des délits ruraux, punis par application du Code rural des 25 septembre-6 octobre 1791, et de la loi du 23 thermidor an IV. — On me répondra, il est vrai, que les dispositions du Code de brumaire an IV, en ce qui concerne la quotité des peines de simple police et celles du tribunal correctionnel, sont abrogées, tandis que, les lois rurales prononçant une peine déterminée dans l'article même relatif au délit pour lequel elles sont considérées comme étant encore en vigueur, il n'y a pas assimilation complète.

Cependant il faut accepter la loi du 19 ventôse an XI telle qu'elle a été faite avec la pénalité existante à l'époque de sa promulgation, et résultant de l'attribution faite aux tribunaux correctionnels, ou bien avec la pénalité que la loi générale nouvelle a substituée au Code de brumaire an IV.

Quant à cette pénalité dérisoire de simple police, elle ne repose sur aucune base, et l'on crée arbitrairement une classe de contraventions de nature mixte et sans nom dans le droit criminel. Cette erreur provient de ce qu'on n'a pas remarqué que l'attribution faite d'une infraction au tribunal correctionnel indiquait implicitement une peine correctionnelle. Car on ne saurait prétendre que l'amende de simple police, fixée aujourd'hui par le Code pénal et à laquelle la Cour de cassation restreint l'exercice illégal de la médecine, représente exactement l'amende correctionnelle de la loi du Code de brumaire an IV; la peine de simple police peut descendre à 1 franc d'amende, tandis que la loi de brumaire infligeait au minimum quatre journées de travail!

7. On doit déclarer conforme au principe général la jurisprudence de la Cour de cassation, suivant laquelle le fait *qualifié crime*, mais dépouillé par le jury des circonstances aggravantes auxquelles cette qualification était attachée, devient passible de la prescription triennale.

En effet, la qualification du fait résulte de la nature de la peine dont il est puni par la loi appliquée, et non de celle qui lui est donnée par les magistrats instructeurs, non plus que de l'attribution qui en est faite à telle ou telle juridiction. Si la chambre d'accusation a donné aux faits incriminés un caractère qu'ils n'avaient pas, a reconnu l'existence de circonstances aggravantes qui sont rejetées par le jury, celui-ci, qui juge souverainement en dernier ressort, n'est point lié par la décision de la chambre d'accusation. Ce système, qui est d'ailleurs incontestable, peut avoir pour la société des conséquences déplorables, car souvent le jury refuse de reconnaître l'existence d'une circonstance aggravante, dans le seul but d'abaisser la peine; de telle sorte qu'il peut arriver que l'inculpé sera renvoyé sans condamnation, si le crime a été commis trois ans avant les poursuites et que le jury l'ait voulu faire dégénérer en délit; mais il faut bien se résigner aux défauts des Cours d'assises, puisqu'elles présentent de précieuses garanties pour la liberté et l'égalité des citoyens.

8. Par une conséquence du même principe, lorsqu'un délit est déféré à un tribunal correctionnel, si des débats il ressortait une circonstance aggravante de nature à lui imprimer le caractère de crime, cette juridiction devrait se déclarer incompétente, et le prévenu ne pourrait se prévaloir de la prescription de trois ans.

Nous venons de parler de l'appréciation arbitraire, laissée au jury relativement à la qualification définitive du fait; on pourrait aussi nous opposer ces violations de la loi pénale que les magistrats se permettent chaque jour, en éludant à leur tour les circonstances aggravantes, pour soustraire les inculpés aux Cours d'assises. Sans doute les acquittements scandaleux sont leur excuse; mais on ne saurait trop redire que la *correctionnalisation* est en opposition avec les habitudes judiciaires, puisqu'elle ne peut être faite sans illégalité et qu'un grand nombre de magistrats se plaignent avec raison de ce que la loi ne régularise pas un usage dont l'utilité est incontestable.

9. On doit reconnaître aussi, par suite des principes généraux, que si un fait réputé crime par la loi en vigueur au moment où il a été commis, avait dégénéré en délit par suite de modifications apportées à la loi qui le punissait, c'est la prescription de trois ans que le prévenu pourrait opposer, puisque dans le concours de deux lois c'est la plus douce qui doit être appliquée, lorsque l'une existait au moment où l'infraction a été commise et lorsque l'autre existe au moment du jugement[1].

10. Mais si un fait doit recevoir sa qualification de la peine qui lui est attachée, et non de la juridiction qui est appelée à le réprimer, il faut entendre le principe en ce sens, que c'est la peine applicable à ce fait, sans se préoccuper des considérations d'âge ou d'autres circonstances atténuantes qui auraient motivé une exception dans tel cas déterminé.

11. Ainsi la Cour de cassation a jugé que lorsqu'un mineur de seize ans, qui n'a pas de complices au-dessus de cet âge, a commis un crime qui est réprimé par le tribunal correctionnel (art. 68 C. pénal) et est puni de peines correctionnelles, ce crime se prescrit par trois ans.

Avant la modification du Code pénal (1832), le mineur était dans tous les cas jugé par la Cour d'assises, mais puni de peines correctionnelles. Lorsque la Cour de cassation fut saisie de la question de savoir si cette substitution des peines correctionnelles aux peines afflictives et infamantes ôtait le caractère de crime aux faits pour lesquels le mineur était poursuivi, elle se prononça formellement pour la négative dans un grand nombre d'arrêts. Elle posait en principe que la peine correctionnelle n'avait été substituée à la peine ordinaire qu'en considération de la faiblesse de l'âge du coupable, mais que la nature des faits qualifiés crimes par la loi générale n'était pas changée[2]. Par suite, elle décidait aussi que celui qui avait été condamné pendant sa minorité pour crime encourait l'aggravation de peine prescrite par l'ancien article 56 s'il commettait un second crime.

Intervint la loi du 25 juin 1824, adoptée par la loi du 28 avril 1832. Cette loi attribua *aux tribunaux correctionnels* la connaissance des crimes les moins graves commis par les mi-

[1] Mangin, *Action publique*, t. II, p. 127.
[2] Cass., 10 avril 1818, 2 avril 1825.

neurs de seize ans. Dès lors la Cour de cassation adopta une jurisprudence complétement opposée à ses premiers arrêts.

En 1828 elle jugea que les peines de la récidive n'étaient plus applicables à ceux qui n'avaient encouru que des peines correctionnelles pour crime. A cette époque l'article 56 ne portait pas encore *quiconque ayant été condamné à une peine afflictive et infamante;* par conséquent le motif déterminant de ce changement de jurisprudence, c'est l'attribution de ces crimes aux tribunaux correctionnels.

En 1841, la Cour de cassation rendit la décision suivante :

« Attendu que d'après l'article 637 du Code d'instruction « criminelle la prescription de dix ans est établie pour les « crimes de nature à être punis correctionnellement; que la « *qualification légale* d'un fait résulte *et de la juridiction à « laquelle il est déféré et de la peine qu'il doit encourir;* qu'il « s'ensuit de là qu'un fait de la compétence des tribunaux cor- « rectionnels et puni de peines correctionnelles se prescrit par « trois ans; que le crime commis par un individu âgé de moins « de seize ans étant, aux termes de l'article 68 du Code pénal, « de la compétence des tribunaux correctionnels et n'étant « passible que des peines prononcées par ces tribunaux, rentre « nécessairement dans la classe des délits, et que l'action qui « en résulte se prescrit par trois ans; qu'en le jugeant ainsi, le « jugement attaqué, loin de violer la loi, s'y est, au contraire, « exactement conformé » (22 mai 1841).

Avec MM. Mangin et Faustin Hélie, écartons d'abord ce principe trop absolu, *que la qualification d'un fait dépend de la nature de la juridiction à laquelle la loi en attribue le jugement.* C'est là le principe général, puisque les crimes sont déférés aux Cours d'assises, les délits aux tribunaux correctionnels et les contraventions aux tribunaux de simple police; mais il est incontestable que des lois assez nombreuses, édictées sous l'empire de certaines circonstances politiques, ont déféré quelques infractions à d'autres juridictions que celles qui auraient dû en connaître, si l'on n'avait consulté que la pénalité qui leur est attachée. De là la compétence spéciale *dite d'attribution,* tout à fait indépendante *de la qualification.*

Ce principe écarté, est-il juste de déclarer que le fait ne constitue plus un crime parce qu'il est exceptionnellement puni de peines correctionnelles? Mais s'il est vrai que la qualification

soit indépendante de la juridiction, et l'on ne saurait le nier, quelle sera donc la prescription applicable aux crimes commis par des mineurs de seize ans, quand ils ont des complices au-dessus de cet âge, qui les entraînent devant la Cour d'assises [1]? Cette circonstance qui n'augmente ni ne diminue leur culpabilité, mais qui résulte de l'indivisibilité de la procédure, ne change rien à la qualification. Le fait délictueux est toujours un crime puni exceptionnellement de peines correctionnelles; je dis exceptionnellement, car *les crimes commis par les mineurs* ne sont spécifiés que par la *peine* édictée pour les réprimer. La loi veut leur conserver leur caractère, leurs effets particuliers eu égard à tous les citoyens qui s'en rendent coupables, déclarant seulement *circonstance atténuante* de nature à faire abaisser la peine, sans qu'il soit nécessaire de décision du jury, *la faiblesse de l'âge.*

Dans la disposition relative aux mineurs, le législateur n'a pas voulu, par la seule attribution de *certaines catégories* de crimes à une autre juridiction, enlever *à tous ces crimes* leur caractère essentiel; car, lorsqu'il a voulu faire descendre certains crimes dans la classe des délits, il n'a pas indiqué la juridiction qui en connaîtrait; c'était inutile. Il n'a pas davantage déclaré qu'ils seraient punis de peines correctionnelles; mais il a précisé la peine correctionnelle qui frapperait chacun d'eux. En un mot, il a substitué cette peine correctionnelle aux peines afflictives et infamantes dont la législation ancienne les punissait, et cela pour tous les coupables.

Mais déclarer en même temps, comme le fait la Cour de cassation, que la même infraction conserve le caractère criminel si, par une circonstance indépendante de la volonté de son auteur, elle est jugée par la Cour d'assises, et qu'elle prend le caractère de délit par cela seul qu'elle est jugée par le tribunal correctionnel, me paraît une contradiction dont ne s'est pas rendu compte la Cour suprême.

Cette argumentation, si défectueuse en droit, est en outre contraire à la vérité des choses. Est-il possible de supposer, en effet, que le législateur ait voulu frapper plus sévèrement le mineur de seize ans quand il aura des complices au-dessus de cet âge que lorsqu'il n'en aura pas? Quoi! parce qu'il aura été

V. Faustin Hélie, *Inst. crim.*, t. III, p. 689.

entraîné par de mauvais conseils, parce qu'aidé par des hommes pervers il aura accompli avec eux ce que seul il n'eût jamais osé, il aura commis un crime. — Et tout au contraire, quand il aura puisé dans son propre cœur toutes les inspirations du crime, quand il aura fait appel à tous ses mauvais instincts pour triompher de sa conscience, quand il aura ramassé toutes ses forces intellectuelles et morales pour concevoir un plan et l'exécuter avec audace, il n'aura commis qu'un simple délit? Non, ce n'est pas là la loi. Ce sont ces considérations précisément qui ont amené les législateurs de 1824 et de 1832 à conserver aux faits criminels la *qualification de crimes*, tout en les déférant à une juridiction moins élevée; leur seul but a été de soustraire l'enfant de moins de seize ans à la honte de la Cour d'assises.

Pour démontrer plus complétement à ceux qui conserveraient quelques doutes la contradiction de la Cour de cassation, supposons le cas où, par suite d'incertitude sur l'âge de l'inculpé, celui-ci quoique âgé de moins de seize ans et sans complices, aurait été traduit devant la Cour d'assises. Soutiendrait-on que le crime sur lequel celle-ci aurait à statuer en vertu de sa plénitude de juridiction ne sera qu'un délit parce que l'article 68 en attribuait la connaissance au tribunal correctionnel? Non, car on ne saurait trop le répéter, l'attribution de juridiction au tribunal correctionnel ne saurait changer le caractère du crime.

Si l'on adoptait le système de la Cour de cassation on arriverait à des conséquences étranges; il faudrait d'abord déclarer que toutes les fois que le mineur de seize ans a commis un délit, il faudra examiner si la peine étant diminuée de moitié suivant l'article 69 du Code pénal, ne descendra pas au-dessous du minimum des peines correctionnelles sans recourir aux circonstances atténuantes. Dans ce cas il faudrait le citer devant le tribunal de simple police.

Il faudrait, en second lieu, ne pas appliquer au mineur les dispositions de l'article 57 du Code pénal, suivant lequel quiconque ayant été condamné pour un crime aura commis un délit de nature à être puni correctionnellement, doit être condamné au maximum de la peine portée par la loi, etc. Suivant la doctrine de la Cour de cassation, on ne pourrait appliquer que les dispositions de l'article 58 relatives à la récidive de délits. Or

cette conséquence serait contraire au texte formel de la loi.

Or il est certain que si le mineur était traduit aux assises, la Cour de cassation déciderait qu'il encourra les peines de l'article 57, parce qu'elle a jugé en 1845 que les dispositions de cet article s'appliquent à ceux qui, *ayant été condamnés pour un crime puni correctionnellement, se rendent coupables* d'un délit.

La Cour suprême jugeant différemment et dans deux cas identiques subirait toujours les conséquences du principe erroné qu'elle a posé. La solution doit être la même dans les deux cas; que le mineur comparaisse devant les assises ou devant la juridiction correctionnelle, il ne peut être condamné à des peines afflictives et infamantes. Donc depuis la nouvelle rédaction de l'article 56, du Code pénal, il doit subir l'article 57.

M. Molinier dans une remarquable dissertation a rétabli les vrais principes en matière de récidive; ce qu'il a écrit à ce sujet s'applique d'une manière complète à notre thèse :

« Ainsi, dit-il, les faits pour lesquels le Code établit des « peines afflictives et infamantes conservent toujours leur qua- « lification et continuent d'être rangés dans la classe les crimes « bien que ceux qui en sont reconnus coupables n'aient à subir « que des peines correctionnelles par suite de leur âge, d'un « fait considéré comme excuse, ou du bénéfice des circon- « stances atténuantes. Mais lorsqu'il s'agit d'établir l'étendue « de la peine correctionnelle dont ces crimes entraînent l'appli- « cation, on entre dans l'ordre des matières correctionnelles, « et l'on se trouve régi par les règles qui leur sont spéciales. « Remarquons qu'on ne peut pas avec fondement prétendre « qu'il y a contradiction lorsque nous considérons à la fois un « même fait comme un crime et comme un délit. Nous lui « laissons sa qualification primitive de crime; mais comme la « loi veut qu'il ne soit punissable que correctionnellement, nous « lui appliquons, quant à la pénalité, les règles qui régissent les « délits [1]. »

Enfin avec le système de la Cour de cassation que nous constatons, il faudrait mettre à néant tous les textes de loi qui déterminent des incapacités relatives à certains droits civiques résultant des condamnations pénales. Si l'on consulte ces lois

[1] *De la récidive en matière de crimes* (*Revue crit. de lég.*, 1851, p. 60).

spéciales, on reconnaît que les condamnations pour des faits qualifiés crimes, lors même qu'elles ne prononcent que des peines correctionnelles, engendrent les mêmes incapacités que celles qui infligent des peines afflictives et infamantes et ne sont pas confondues avec les condamnations prononcées pour des délits correctionnels (loi du 7 août 1848 sur le jury, art. 2; art. 608 et 620 C. de com., rectifiés par la loi du 28 août 1848; lois électorales des 15 mars 1849 et 31 mai 1850; art. 26 de la loi du 15 mars 1850 sur l'enseignement; loi du 22 février 1851 (art. 6), relatif aux contrats d'apprentissage,

Notre système d'ailleurs, malgré la décision de la Cour suprême, a été soutenu par M. Mangin, tome II, p. 296, *De l'action publique*; — Le Sellyer, tome VI., p. 154; — Van Hoorebeke, *Des prescriptions*, n° 204 [1], et sanctionné par un arrêt de la Cour d'Angers, du 3 décembre 1849, que nous reproduisons en entier parce qu'il résume avec précision et logique tous les principes des prescriptions.

« En ce que touche la prescription invoquée par le prévenu, « sur le motif que les faits à lui imputés se seraient accomplis « plus de trois années avant le commencement des poursuites; « qu'à ladite époque il était âgé de moins de seize ans; qu'à « raison de cette dernière circonstance, malgré la qualification « de crime donnée par les juges aux actes qui lui sont reprochés, « et malgré la déclaration qu'ils ont faite que le mineur avait « agi avec discernement, la poursuite et la pénalité n'ayant « qu'un caractère correctionnel et la prescription pouvant être « invoquée en tout état de cause, la Cour doit déclarer « qu'elle est acquise et renvoyer le prévenu de la plainte : — « Considérant que si le législateur, dans les articles 6, 7, 8 et 9 « du Code pénal, détermine quelles sont les peines en matière « criminelle et quelles sont ces peines en matière correction- « nelle, il caractérise également et définit plus tard, dans le « Code, quels sont les actes auxquels les peines en matière cri- « minelle s'appliquent, et les actes passibles de peines en matière « correctionnelle; — Qu'à ses yeux le caractère de ces actes « reste constamment le même; — Que si à raison de l'âge ou

[1] Dans un sens contraire, Faustin Hélie, t. III, p. 688; Berriat-Saint-Prix, trib. corr., n° 387.

« des circonstances, il excuse le fait, ou modifie la pénalité, le « fait n'en conserve pas moins sa qualification légale, de telle « sorte qu'un crime est toujours un crime, un délit toujours un « un délit (art. 65, 66, 67) ; — Attendu que la police judiciaire « recherche les crimes, les délits et les contraventions, en ras- « semble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux « chargés de les punir (art. 8 Code d'inst. crim.) ; — Attendu « que les crimes commis par un mineur âgé de moins de « seize ans portent une atteinte aussi profonde aux intérêts des « particuliers et à la sécurité publique que les crimes commis « par un majeur ; que, dans l'intérêt de tous, il est du devoir de « la police judiciaire de rechercher les premiers aussi bien « que les seconds et d'en poursuivre également les auteurs ; « que ces poursuites peuvent être intentées dans un temps dé- « terminé par la loi, et que, sous le rapport de la durée de « l'action publique, une pénalité prévue ne peut constituer de « privilége au profit du mineur ; — Considérant que le seul pri- « vilége du mineur âgé de moins de seize ans, déclaré cou- « pable et ayant agi avec discernement, est de jouir du bénéfice « des circonstances atténantes prononcées *ipso jure* par le lé- « gislateur, introduites par un motif d'humanité qui ne permet « pas que le mineur de moins de seize ans soit livré aux « rigueurs de la législation pénale ; — Qu'il ne s'agit ici que « d'une question d'adoucissement de pénalité, et nullement « d'une atteinte portée à la loi de police et de sûreté générale ; « — Considérant que les prescriptions sont de droit et d'ordre « public, et que le législateur, en apportant des modifications « favorables aux mineurs, n'a porté aucune atteinte aux prin- « cipes qui régissent les prescriptions ; que, si le système in- « voqué aujourd'hui par le prévenu était fondé, il faudrait, par « identité de raison, l'appliquer aux accusés de crimes commis « plus de trois ans avant la poursuite, et reconnus coupables « par le jury, avec admission de circonstances atténuantes, « admission qui ne permettrait plus que l'application de peines « correctionnelles, conséquence évidemment contraire à tous les « monuments de la jurisprudence ; par ces motifs, rejette « l'exception de prescription. »

12. Il est surprenant que la Cour de cassation ait émis l'opinion contraire, car à côté du principe général dont elle pousse l'application jusqu'à ses limites extrêmes, elle avait indiqué

les limites légales au delà desquelles il ne serait pas permis de l'invoquer. Lorsque le fait qualifié crime par la loi est réduit aux proportions d'une peine correctionnelle par l'admission des conconstances atténuantes, elle déclare avec raison que l'indulgence des jurés ne fait que réduire la peine, mais ne change pas la nature du crime déclaré constant. M. Faustin Hélie accepte toutes les conséquences devant lesquelles s'arrête la Cour de cassation. L'éminent criminaliste reconnaît que la qualification du fait se puise dans la nature de la peine applicable comme nous l'avons établi ; mais, suivant lui, la qualification n'est définitive que par la *prononciation* de cette peine, quel que soit le motif qui l'ait fait modifier. Il n'établit aucune distinction entre l'admission d'une excuse ou des circonstances atténuantes et le rejet de circonstances aggravantes. Il n'admet cette distinction que devant les juridictions d'instruction qui ne statuent que sur la compétence et qui n'apprécient pas souverainement le fond.

C'est, à mon avis, méconnaître complétement le caractère de nos lois criminelles et de l'institution de nos juridictions. Je comprendrais une semblable argumentation si la loi pénale déterminait les circonstances atténuantes de la même manière qu'elle détermine les circonstances aggravantes, et si, en outre, elle spécifiait la valeur de chaque circonstance atténuante eu égard à tel crime : alors on pourrait décider que l'admission d'une circonstance atténuante équivaut au rejet d'une circonstance aggravante et doit, dans tel ou tel cas déterminé, modifier la nature même du crime pour le faire descendre dans la catégorie d'un crime moins grave ou d'un délit. Mais dans une législation où le caprice des jurés peut, en reconnaissant le crime constant, le dénaturer déjà par le rejet des circonstances aggravantes les mieux établies, restreindre la condamnation aux derniers degrés de l'échelle pénale en déclarant qu'il existe des circonstances atténuantes, sans les préciser, quand en réalité il est impossible d'en trouver une seule; sous l'empire de cette législation, dis-je, on ne saurait admettre que le législateur ait eu l'intention de dénaturer le crime par la seule déclaration qu'il a été commis avec des circonstances atténuantes.

13. D'ailleurs la pensée de la loi de conserver au crime sa qualification et sa nature ressort des textes relatifs *aux excuses* qui ne sont que des circonstances atténuantes précisées. L'ar-

ticle 326 indique clairement que la peine est mitigée, mais que le crime conserve sa qualification. En outre, dans tous les cas où cette atténuation peut avoir lieu, les coupables, quelle que soit la peine prononcée, peuvent être mis sous la surveillance de la haute police. Pourquoi cette peine accessoire des condamnations pour crimes serait-elle maintenue contre de simples délits? Ici encore la loi s'est bornée à une atténuation : le renvoi sous la surveillance, au lieu d'être obligatoire, devient facultatif.

Si la jurisprudence se laissait égarer par la théorie que nous combattons, toutes nos lois criminelles seraient bouleversées; il n'y aurait plus de crimes *nommés* par le Code pénal, ayant des caractères fixes, une nature spéciale et définie; l'action publique serait entravée à chaque pas et l'impunité encouragerait le crime. Il faut dire avec la Cour d'Angers *que le crime est toujours crime, et le délit toujours délit, quand il s'agit de la prescription.*

14. En résumé, les principes pour reconnaître quelle prescription est applicable à une infraction sont clairs et précis; la confusion qui a été faite sera facile à dissiper.

L'infraction punie de peines criminelles par la loi générale étant de la compétence des Cours d'assises, est prescriptible par dix ans.

Si aux débats la qualification résultant de l'arrêt de renvoi est changée par la décision du jury, il faut distinguer : ou le fait, par la qualification définitive qui lui est donnée, constitue un crime, et il est prescriptible par dix années ou il constitue un délit, et la prescription de trois ans est applicable.

Or, le fait constitue un crime, si, abstraction faite de la peine prononcée contre l'inculpé par suite d'une excuse légale ou de circonstances atténuantes quelconques, il est puni par la loi d'une manière générale et absolue d'une peine criminelle.

Je suppose qu'on ait posé au jury les deux questions suivantes :

1° Pierre est-il coupable d'avoir détourné une somme d'argent qui lui avait été confiée par Paul?

2° Ce détournement a-t-il été commis pendant que Pierre était au service de Paul?

Si le jury répond affirmativement sur les deux questions, Pierre a commis un crime, puisque l'abus de confiance commis

par un homme de service est puni d'une peine criminelle, la reclusion. La prescription de dix ans sera seule applicable.

Si le jury répond affirmativement sur la première question et négativement sur la seconde, il y a délit et prescription de trois ans.

Mais dans la première hypothèse, si le jury ayant répondu affirmativement sur les deux questions, admettait des circonstances atténuantes, la Cour, au lieu d'appliquer la peine criminelle de la reclusion, prononcerait la peine correctionnelle d'emprisonnement; mais la prescription *de dix ans* serait néanmoins applicable, parce que la nature *criminelle* du fait a été *invariablement* fixée par la réponse du jury aux deux premières questions. La diminution de peine résultant des circonstances atténuantes n'a pu altérer le caractère du *crime d'abus* de *confiance*.

La prescription est donc indiquée par *la nature de la peine* attachée par la loi à une infraction, et la qualification, ainsi précisée par la pénalité, subit diverses modifications dans l'application qui en est faite à tels ou tels individus.

PAUL BERNARD.

DU JURY.

DE LA POSITION DES QUESTIONS AU JURY EN MATIÈRE CRIMINELLE.

Par M. Th. BAZOT,
docteur en droit, procureur impérial à la Réole (Gironde).

CINQUIÈME ARTICLE[1].

CHAPITRE II.

DU VERDICT.

Il y a entre les questions posées et les déclarations du jury intervenues des rapports intimes : les unes et les autres doivent se correspondre exactement pour que l'arrêt de la Cour d'as-

[1] V. tome XIX, page 516.

sises purge définitivement l'accusation. En présence de cette étroite connexité, il ne peut y avoir qu'avantage à donner à ma dissertation un complément en examinant les principes généraux relatifs au verdict. Le but que je me propose exclusivement doit apporter à cette étude de nombreuses restrictions; je n'entreprends pas l'exposition complète des règles qui gouvernent la déclaration du jury, notamment de celles qui président à sa formation; je veux seulement rechercher sommairement les conditions nécessaires pour que le verdict puisse préparer la solution régulière des débats, en même temps que je dirai les imperfections dont il peut être entaché et par suite les moyens de les faire disparaître.

Nulle part peut-être, autant qu'en cette partie, le Code d'instruction criminelle n'a laissé plus à faire à l'interprétation; l'absence de dispositions ou l'insuffisance de celles qu'on rencontre ont donné lieu à de nombreuses et graves difficultés. Rendons grâce à la Cour suprême, dont la jurisprudence a rendu à la science d'éminents services en tenant presque lieu de la loi. Toutefois, si haute que soit l'autorité de la Cour de cassation, elle n'a pas réussi à faire taire les dissidences, et, à ce point de vue, il est regrettable que le législateur n'ait pas mieux accompli son œuvre.

Le Code d'instruction criminelle n'a pas imposé au jury de formule sacramentelle pour l'expression de sa pensée; l'article 345 présente seulement quelques indications propres à guider les jurés dans la rédaction de leur verdict. (Cass., 13 avril 1816, 27 décembre 1817, 4 janvier 1817, 7 janvier 1819.)

Mais il ne faut pas, à l'exemple de certains auteurs, adopter trop légèrement des propositions comme celles-ci : « *ce qui constitue la déclaration légale du jury c'est l'énonciation claire et précise de l'opinion des jurés sur la culpabilité ou la non-culpabilité de l'accusé.* »

Cette proposition rigoureusement exacte sous la législation de 1808 ne l'est plus sous l'empire de la loi de 1836. En effet, supposons le cas où plusieurs questions distinctes ont été posées par le président des assises : le jury y fait une réponse unique. Quelle que soit la clarté des termes employés, alors même que le jury, pour lever toute équivoque, aurait pris soin, par une accolade placée à propos, de marquer l'étendue de sa réponse, cette déclaration est irrégulière. Elle laisse peser sur

la délibération une grave incertitude : comment le jury a-t-il procédé? A-t-il ouvert un scrutin particulier sur chaque question, ou au contraire a-t-il enveloppé toutes les questions dans un même scrutin? Une rédaction complexe se référant à toutes les questions le laisserait ignorer. Il ne suffit donc pas que la réponse du jury soit claire et précise, il faut encore qu'elle porte en elle-même la preuve qu'il a procédé par scrutins séparés. (Argument de l'art. 347 nouveau C. instr. crim.; Cass., 31 mai 1838, 6 février 1840.)

On sait qu'il n'est pas posé de questions sur les circonstances atténuantes; il y est suppléé par un avertissement spécial, donné aux jurés par le président des assises, et, dans la chambre de ses délibérations, le jury s'interroge lui-même sur ce point. La réponse affirmative seule est mentionnée.

Au cas où il y a plusieurs accusés, suffit-il d'une déclaration collective pour tous les accusés, ou au contraire est-il besoin d'une déclaration spéciale à chacun d'eux? En 1842, M. le procureur général Dupin a soutenu devant la Cour suprême qu'une déclaration unique était suffisante pourvu qu'elle fût claire et non équivoque. L'éminent magistrat faisait remarquer la diversité des formes prescrites par le législateur pour les questions de culpabilité et pour la question des circonstances atténuantes; les premières doivent être rédigées par écrit et remises au chef du jury; lequel doit, après chaque scrutin, en consigner sur-le-champ le résultat en marge ou à la suite de la question résolue; pour les deuxièmes, le président des assises se borne à avertir les jurés du droit qu'ils ont de déclarer si ces circonstances existent. Sans doute il devra y avoir autant de scrutins que d'accusés, puisque la question des circonstances atténuantes est essentiellement individuelle, mais rien n'est prescrit ni sur la forme de la question ni sur celle de la déclaration en réponse. Cette différence repose, du reste, sur la nature même des choses; les circonstances aggravantes peuvent varier; il faut en fixer le caractère, comme celui du fait principal lui-même, par une formule précise qui s'y adapte exactement. Les circonstances atténuantes sont toujours les mêmes; elles existent ou n'existent pas, elles ne sont susceptibles ni de plus ni de moins; quand le jury les a déclarées, on n'a pas le droit de lui demander quelles elles sont, ni le droit de deviner ou de scruter sa pensée.

L'illustre procureur général ajoutait : « On veut qu'il y ait « nullité. Mais la nullité d'une procédure criminelle ne peut « résulter que d'un texte de loi ou d'une omission substantielle. « Une nullité textuelle : nous en trouvons une prononcée par « l'article 347 pour les réponses aux questions du président; « mais y a-t-il un autre article qui s'applique aux circonstances « atténuantes sur lesquelles le chef du jury interroge ses col- « lègues ? Je n'en trouve aucun. — Je ne conteste pas qu'il serait « préférable que la déclaration du jury fût personnelle pour « chaque accusé. Cette forme est indispensable quand la dé- « claration ne s'applique pas à tous; elle est désirable, si l'on « veut, lors même qu'elle s'applique en effet. Mais ce résultat « peut être obtenu de deux manières : ou par la recommanda- « tion qu'en feraient les présidents d'assises aux chefs des « jurys, ou par le droit qu'ils ont de renvoyer les jurés dans « leur chambre pour expliquer leurs déclarations collectives; « dans le cas où ils les jugeraient insuffisantes. Mais le mieux « qu'on peut désirer n'autorise pas à prononcer la nullité de « toute déclaration collective acceptée par la Cour. *Ici le mieux « serait l'ennemi du bien.* »

M. Dupin concluait en ces termes : « Hélas, la procédure est « déjà entourée d'assez de difficultés; la marche des procé- « dures est assez compliquée par les innovations de 1836; les « cas de nullité sont assez fréquents pour ne pas les multiplier « par induction, au détriment des accusés et du trésor, et au « risque de voir les preuves dépérir à travers les incidents ré- « pétés de la poursuite. »

La Cour de cassation, après partage, décida cette difficulté contrairement aux conclusions de son procureur général. (Cass., 1er avril 1842.)

Quelle opinion suivrons-nous sur ce point? Je crois que la décision de la Cour suprême, malgré la puissante contradiction qu'elle a rencontrée, est seule conforme au texte et à l'esprit du Code d'instruction criminelle. Et d'abord la doctrine de M. Dupin ne me semble pas conséquente avec elle-même. L'éminent magistrat admet, en thèse générale, la nullité des réponses collectives du jury; quel motif en donne-t-il? C'est qu'une pareille formule laisse peser des doutes sur la manière dont la question a été délibérée, sur la manière dont la réponse a été formée. Eh bien que la formule porte sur telle question

ou sur telle autre, sur le fait principal et ses circonstances aggravantes ou sur les circonstances atténuantes à l'égard de plusieurs accusés, l'incertitude qu'elle fait naître sur le mode de la délibération n'existerait-elle pas dans l'un et l'autre cas? Dès lors, ou ce motif est déterminant, et il doit faire proscrire partout et toujours les réponses collectives, ou bien il est indifférent, et la nullité ne doit atteindre les réponses collectives dans aucun cas.

Du reste, l'article 347 du Code d'instruction criminelle offrait, en 1842, un élément de solution qu'on n'a pas alors assez remarqué, que le décret du 6 mars 1848 fit disparaître, et que la loi du 9 juin 1853 nous présente de nouveau. L'article 347 est ainsi conçu : « La décision du jury, tant contre l'accusé que sur les circonstances atténuantes, se forme à la majorité. La déclaration du jury *constate cette majorité*, sans que le nombre de voix puisse y être exprimé; *le tout à peine de nullité.* » Il ne suffit donc pas, aux termes de cette dernière disposition, que la déclaration du jury soit claire et précise, il faut encore qu'elle porte l'expression de la majorité; or l'examen de l'existence des circonstances atténuantes devant avoir lieu individuellement pour chaque accusé, la décision devant être prise pour chacun d'eux à la majorité des voix, ce résultat devant être proclamé avec la mention expresse de la majorité, comment comprendre qu'une déclaration générale, enveloppant tous les accusés dans la même indulgence, puisse satisfaire au vœu de la loi? Si Primus, Secundus et Tertius sont accusés, une déclaration conçue en ces termes : *oui, à la majorité, il existe des circonstances atténuantes en faveur des trois accusés*, n'indiquera pas qu'il est sorti de l'urne trois déclarations successives adoptées toutes et chacune à la majorité des voix. Si à l'égard des circonstances atténuantes on se contentait d'une pareille forme, pourquoi prononcerait-on la nullité d'une réponse comme celle-ci : *oui, à la majorité, les trois accusés sont coupables de vol?* Je ne vois aucune raison de distinguer : *qui dicit de uno, dicit de altero.*

Des développements qui précèdent, il ressort une première règle : la déclaration du jury, affranchie de toute formule sacramentelle, doit être claire et précise, correspondre exactement à chacune des questions posées par autant de réponses portant en elles-mêmes l'expression de la majorité; de plus, il doit y avoir, au cas où le jury reconnaît l'existence de circonstances

atténuantes pour tous les accusés, une déclaration spéciale à chacun d'eux.

Le verdict du jury peut être incomplet, ambigu, contradictoire, irrégulier ; dans ce cas que fera la Cour d'assises? Souvent la déclaration du jury sur laquelle doit être fondée sa décision sera pour elle une énigme dont le sens lui échappera complétement, ou bien cette déclaration ne statuera que sur une partie des questions posées ou sera entachée d'irrégularités irritantes. La Cour d'assises sera-t-elle forcée de rendre sciemment un arrêt nul? Devra-t-elle renvoyer l'affaire à une prochaine session? De ces deux partis, quel que fût celui qu'elle adoptât, les plus graves inconvénients se produiraient; l'annulation certaine de l'arrêt et des débats ou la suspension du cours de la justice seraient une alternative inévitable. C'est ici que la jurisprudence de la Cour suprême s'est exercée le plus heureusement, en faisant admettre que le jury pourrait être renvoyé dans la chambre de ses délibérations pour *compléter*, *expliquer* ou *régulariser* sa déclaration. Cette doctrine, que justifiaient les plus hautes considérations, a rencontré un assentiment unanime, et aujourd'hui il n'est personne qui la conteste. Je veux pourtant insister sur ce point, non pour l'infirmer, mais pour l'établir sur des bases différentes de celles qui lui ont été données : en général on s'accorde à penser que la Cour de cassation a comblé ici une lacune laissée par le législateur dans le Code d'instruction criminelle, et c'est en ce sens qu'on a dit que sa jurisprudence était *progressive*. L'argument me semble dangereux, et je vois les choses autrement; j'aime mieux dire que la Cour de cassation, en faisant prévaloir la doctrine que j'ai signalée, a sainement interprété la loi et proclamé les idées mêmes du législateur.

M. Cubain, dans son *Traité de la procédure devant les Cours d'assises*, rapporte, sans les approuver, les objections qu'on peut faire valoir à l'encontre de cette jurisprudence : 1° Les magistrats ont épuisé leurs pouvoirs sitôt qu'ils ont rendu leur décision; il doit en être de même du jury. 2° La Cour d'assises n'a pas le droit de contrôler le verdict du jury; cependant le renvoi des jurés dans la chambre de leurs délibérations est une critique du verdict. 3° Le jury ne tient pas ses pouvoirs de la Cour d'assises; celle-ci n'a donc pas le droit de faire revivre les pouvoirs du jury, qui s'éteignent quand le verdict est rendu.

4° Si le jury persiste à ne pas modifier le verdict, et la Cour à ne pas l'accepter, quelle sera l'issue de ce conflit? 5° Si un droit aussi important existait, comment se ferait-il que la loi ne l'eût pas consacré et qu'elle n'eût pas réglé les incidents auxquels il peut donner lieu?

Le savant auteur s'est borné à répondre : « *Quelle que soit la* « *valeur théorique* de ces objections, elles ne peuvent prévaloir « sur les *nécessités de la pratique. Ne vaut-il pas mieux* rectifier « le verdict, quand cela peut avoir lieu sans inconvénient, que « de renvoyer l'affaire à une autre session ? »

Cette réfutation ne suffit pas, et, en insistant sur l'*utilité* de la solution admise par la jurisprudence, M. Cubain semble concéder au moins que, si elle n'a pas un caractère extra-légal, elle ne trouve pas non plus sa justification dans la loi. Or je voudrais retirer cette concession.

Les magistrats, dit-on, ont épuisé leurs pouvoirs après avoir rendu leur décision; ainsi doit-il en être du jury. — Ce principe est incontestable, mais on en fait une fausse application; on isole le jury, et, en le considérant comme une juridiction complète, on invoque, pour limiter ses pouvoirs, une règle qui n'est applicable qu'à la Cour d'assises. Or qu'est-ce donc que la Cour d'assises? C'est la réunion du jury et des magistrats titulaires (si cette expression désigne plus ordinairement le dernier élément, c'est qu'elle est plus habituellement opposée à celle du jury). Les pouvoirs de la Cour d'assises n'expirent véritablement qu'après l'arrêt de condamnation, l'arrêt d'absolution ou l'ordonnance d'acquittement; jusque-là les jurés sont toujours sur leurs siéges, partie intégrante de la Cour, et à ce moment là seul on peut dire qu'il y a *décision rendue par la Cour d'assises.*

La Cour d'assises n'a pas le droit de contrôler le verdict du jury; or le renvoi des jurés dans la chambre de leurs délibérations est une critique du verdict. — Cette proposition est erronée sous plusieurs rapports; et d'abord, d'après le Code de 1808, la Cour d'assises (*stricto sensu*) avait, dans deux cas, le droit d'exercer ce contrôle : 1° lorsque l'accusé n'avait été déclaré coupable sur le fait principal qu'*à la simple majorité;* 2° lorsque les juges étaient unanimement d'avis que les jurés s'étaient trompés au fond. Depuis la loi du 9 juin 1853, la Cour peut encore, dans la dernière hypothèse, surseoir au jugement

et renvoyer l'affaire à une session suivante. (Art. 352.)

Ne passons pas trop légèrement sur cette considération : la Cour d'assises peut annuler le verdict alors même que la déclaration du jury est parfaitement claire, précise et irrégulière; et elle serait tenue de respecter, quand même, une déclaration inintelligible ou entachée des plus graves irrégularités! La Cour d'assises peut, alors que les jurés ont manifesté leur volonté conformément à la loi, en appeler à d'autres jurés, et elle ne pourrait pas en appeler à eux-mêmes pour expliquer, compléter ou régulariser une réponse défectueuse! De tels résultats ne sauraient être sanctionnés par une législation raisonnable, ils n'ont donc pu être consacrés par la nôtre. Bientôt, je l'espère, ma preuve sur ce point sera complète; mais les réflexions qui précèdent suffisent à la réfutation de l'objection.

Le jury, continue-t-on, ne tient pas ses pouvoirs de la Cour d'assises; celle-ci, dès lors, est impuissante à les faire revivre lorsqu'ils sont épuisés. — Cet argument ne diffère du premier que par la forme, mais il repose toujours sur la même confusion; sans doute le jury ne tient ses pouvoirs que de la loi; mais, si la mission des jurés ne se termine véritablement qu'après l'arrêt ou l'ordonnance, jusque-là la Cour d'assises n'a pas besoin de faire revivre des pouvoirs qui ne sont pas expirés.

On demande ce qui arrivera si le jury et la Cour d'assises persistent, l'un à rapporter toujours le même verdict, et l'autre à le repousser. Il faudra bien, en effet, sortir de cette impasse, et il ne s'offrira pas d'autre moyen que le renvoi à une session prochaine; mais, avant d'arriver à cette extrémité fâcheuse, il convient d'essayer d'obtenir du jury la rectification de son œuvre. Cet appel fait à son bon sens a toujours été entendu.

Enfin on s'étonne que si le droit de renvoyer le jury dans la chambre de ses délibérations existe, il n'ait pas été formellement consacré et réglé par le législateur. Que la loi, sur ce point, manque de clarté, j'en conviens; mais je n'accorde pas qu'elle soit complétement muette. Les dispositions du Code d'instruction criminelle sont obscures en cette partie, mais est-ce là un obstacle insurmontable? N'a-t-on pas, pour le vaincre, les ressources ordinaires de l'interprétation, l'étude des législations antérieures, le rapprochement des textes, l'esprit de la loi?

Or le Code du 3 brumaire an IV contenait un article 414

ainsi conçu : « *En cas de contravention de la part des jurés à l'une des règles qui leur sont prescrites par les articles* 385 *et suivants, leur déclaration est nulle, et le tribunal criminel est tenu, à peine de nullité du jugement qui pourrait intervenir sur le fond, de la rejeter du procès, en leur ordonnant de se retirer sur-le-champ dans leur chambre pour en former une nouvelle.* » L'article 415, dans sa première partie, posait le principe de l'irréfragabilité de la décision du jury, et, dans la deuxième partie, donnait au tribunal unanimement convaincu de l'erreur des jurés au fond, *malgré l'observation des formes,* le droit d'en provoquer une nouvelle *avec l'adjonction de trois nouveaux jurés.* Le Code d'instruction criminelle a largement puisé dans le Code du 3 brumaire an IV ; il est vrai qu'il n'a pas reproduit l'article 414, mais l'article 352 témoigne, par une phrase incidente textuellement empruntée à l'article 415, que cette disposition n'a pas été abrogée. En effet, l'article 352 du Code d'instruction criminelle disposait : « « Si, hors le cas prévu par l'article précédent, les juges sont unanimement convaincus que les jurés, *tout en observant les formes,* se sont trompés au fond, la Cour déclarera qu'il est sursis au jugement et renverra l'affaire à la session suivante..... » En 1808 comme en l'an IV l'irréfragabilité du verdict n'existe donc *qu'autant que les formes ont été observées* par les jurés. Sans doute il y a, au point de vue des détails, des différences entre les deux législations, mais leur économie est la même; elles consacrent l'une et l'autre le même principe, et, chose remarquable, dans les mêmes termes.

Le rapprochement des textes du Code d'instruction criminelle suffirait, du reste, pour justifier la théorie fondée par la Cour de cassation. L'article 350 proclame la souveraineté du verdict rendu par le jury; mais, pour qu'on soit tenu de le respecter, au moins faut-il qu'il ait un sens; si le jury n'a rapporté de la chambre de ses délibérations qu'une réponse inintelligible, n'est-il pas vrai de dire qu'il n'y a pas de déclaration et que les jurés n'ont pas statué? L'article 352, en permettant à la Cour de renvoyer l'affaire à une session prochaine, suppose le cas d'une *déclaration régulière,* et le droit qu'il consacre est exclusivement limité à cette hypothèse. Or, dans le cas d'une déclaration absurde, incomplète, irrégulière, on veut que la Cour use du même moyen; mais les termes formels de

l'article 352 ne le permettent point. Il n'y a d'issue que dans le renvoi du jury dans la chambre de ses délibérations.

Cette manière de procéder, en conservant à l'accusé les juges que le sort a désignés, en diminuant les longueurs de la prison préventive, en accélérant la marche des affaires criminelles, est en parfaite concordance avec les principes généraux de notre législation.

Le principe établi, il convient d'en régler l'application en examinant les points suivants :

Jusqu'à quel moment le renvoi peut-il être ordonné? qui l'ordonne? comment est-il ordonné? quels en sont les effets?

La Cour de cassation a plusieurs fois jugé que la déclaration du jury est irréfragable lorsqu'elle a été lue en présence de l'accusé; l'autorité de ce principe, un moment ébranlée par d'autres arrêts de la Cour suprême, a trouvé, dans des décisions postérieures, une consécration nouvelle; mais, en 1850, la Cour de cassation le remettait de nouveau en question. V. Cass., 12 mars 1813, 23 juin 1814, 16 juin 1820, 14 octobre 1825, 7 avril 1827, 26 décembre 1833, 5 mars 1835, 27 janvier 1842, 27 novembre 1845, 4 janvier 1844, 7 novembre 1850. Rien donc de plus incertain que la jurisprudence.

Toutefois je pense, avec MM. Cubain et Dalloz, que la faculté de renvoyer le jury dans la chambre de ses délibérations ne doit cesser qu'après que la Cour a épuisé ses pouvoirs. En effet, pourquoi attribuer à la seconde lecture une puissance que n'a pas la première? « On comprendrait, ajoute M. Cubain, « que, dès que le jury est rentré dans la salle d'audience pour « donner connaissance de son verdict, on pût dire : le verdict « est définitivement acquis. Mais si l'on admet qu'à ce moment « le verdict n'est définitif qu'autant qu'il est régulier, et que les « jurés doivent délibérer de nouveau si le verdict est irrégulier, « il faut bien reconnaître comme conséquence qu'un verdict « irrégulier n'est acquis que lorsque la Cour, étant dessaisie, « n'a plus le pouvoir de faire rentrer le jury dans la chambre « de ses délibérations. Or la Cour n'est dessaisie qu'au moment « du prononcé de l'arrêt définitif ou de l'ordonnance d'acquit- « tement. »

Ajoutons que cette théorie de la Cour suprême reproduit les inconvénients de l'opinion radicale à laquelle elle avait si bien opposé l'autorité de sa jurisprudence. Si la Cour d'assises rend

arrêt en se fondant sur une déclaration irrégulière, elle va sciemment au-devant d'une cassation ; si elle renvoie à une autre session, elle retarde, au détriment des intérêts généraux et de l'accusé, la solution des débats. Ici le remède est toujours le même; pourquoi ne l'appliquerait-on pas? Le verdict, dit-on, est acquis à l'accusé dès qu'il lui a été lu; ce principe n'est écrit nulle part dans la loi, et il est assez désastreux dans ses conséquences pour qu'on ne l'accepte que sous l'empire d'un texte formel. TH. BAZOT.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

DE L'INVIOLABILITÉ DE LA RÉSERVE.

Par M. Ch. FRETEL, procureur impérial à Brive (Corrèze).

QUATRIÈME ARTICLE [1].

§ 5. — *Exception au principe de l'intégrité de la réserve.*

Les lois 32, 36, au Code, *De inoff. test.*, et la novelle 18 n'éprouvent, sous l'empire du Code Napoléon, qu'une exception contenue dans l'article 1094. L'époux peut donner à son conjoint, aux termes de cet article, l'usufruit des biens composant la réserve des ascendants, s'il ne laisse pas de descendants, et dans le cas où il aurait des enfants ou descendants, il pourra donner, quel que soit leur nombre, un quart en pleine propriété, plus un quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. Lorsqu'il y a trois enfants ou un plus grand nombre, il est évident que les trois quarts de la succession qui composent la réserve dans les termes de l'art. 913, sont grevés d'un usufruit au profit du conjoint. La faveur du mariage est le motif de cette disposition exceptionnelle de l'art. 1094 [2].

Envisagée comme permettant d'affecter d'une charge la ré-

[1] V. le présent tome, p. 169.

[2] Troplong, *Commentaire des donat.*, art. 1094, n° 2556, *in fine*.

serve ordinaire, cette disposition donne lieu à quelques observations.

L'époux ne pourra dispenser son conjoint de faire dresser, avant d'entrer en jouissance, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit. L'article 600 lui impose cette obligation, et l'inviolabilité de la réserve ne permet pas de l'en affranchir. Il est, d'ailleurs, indispensable de dresser inventaire pour connaître les forces de la succession et le montant de la réserve. La jurisprudence et les auteurs sont unanimes sur ce point[1].

Mais pourra-t-il le dispenser de donner caution, lorsque l'usufruit portera sur les biens réservés par les art. 913 et 915, en nue propriété, aux ascendants et aux enfants?

Une controverse sérieuse divise sur cette question les auteurs et la jurisprudence[2].

[1] Troplong, *loco cit.*, n° 2576; Bordeaux, 12 avril 1851; *Journal du Pal.*, 1854, t. Ier, p. 47.

[2] Pour la validité de la clause de dispense de caution :

V. Massé, *Parfait notaire*, 6e édit., t. Ier, p. 199 et suiv. — Delaporte, *Pand. franç.*, t. IV, p. 584. — Delvincourt, *Cours C. civ.*, éd. 1819, t. Ier p. 522, notes; p. 149, note 10 .. — Demante, *Cours analyt. Cod. Nap.*, t. II, n° 442 *bis*, 3. — Troplong, *Don. et test.*, t. IV, n° 2576. — Consultation de MM. Roger, Crémieux, Demante, Piet, Ph. Dupin, Preschez et Hally, rapportée au *Journal de la magistrature et du barreau*, t. V, p. 3. — Cour de cass., 17 mai 1843, *J. du Palais*, à sa date; 1er juin 1847, *J. du Palais*, t. Ier, 1849, p. 626. — Cours d'Orléans, 19 décembre 1822, *J. P.*, à sa date; — Rouen, 13 juin 1840, *J. P.*, à sa date; — Limoges, 8 août 1843, *J. P.*, à sa date; 9 juillet 1846, *J. P.*, t. II, 1846, p. 367; — Bordeaux, 12 avril 1851, *J. P.*, t. Ier, 1854, p. 47; 16 août 1853, *J. P.*, t. II, 1855, p. 121; — Paris, 8 mai 1845, *J. P.*, t. II, 1845, p. 305; 19 décembre 1846, *J. P.*, t. Ier, 1847, p. 447; 3 août 1847, *J. P.*, t. II, 1847, p. 463; — Paris, 3 mars 1849, *J. P.*, t. Ier, 1849, p. 430; 3 avril 1858, *J. P.*, t. 1858, p. 680; 21 mai 1859, *J. P.*, t. 1859, p. 678.

Pour la nullité de la dispense de caution :

Malleville, *Analyse du C. civ. sur l'art.* 601, t. II, p. 68. — Proudhon, *Usufruit*, t. II, n° 824. — Marcadé, *Expl. C. Nap.*, t. X, n° 493. — Zachariæ, *Droit civil franç.*, éd. Aubry et Rau, t. II, p. 9, § 226 et note 10... — Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 130 et 131, n° 16 sur le § 307. — Coin-Delisle, *Don. et test. sur l'art.* 1094, n° 12. — Ponsot, *Cautionnement*, n° 408. — Coulon, *Questions de droit*, v° *Usufruit*, p. 514, n° 153. — Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, 2e éd., v° *Usufruit*, n° 131. — Duranton, t. IV, n° 611. — Favard de Langlade, v° *Usufruit*. — Dalloz, *Ancien Répertoire*, v° *Usufruit*, chap. 1er, sect. 5, n° 31. — *Nouveau répert. de législation*, v° *Dispos. entre-vifs et testam.* — Hennequin, t. II, p. 376. — Deville-

La Cour de cassation a décidé, par deux arrêts des 17 mai 1843 et 1er juin 1847, que l'époux avait la faculté de dispenser son conjoint de fournir caution. Voici les motifs : à défaut des textes, les tribunaux ne sauraient annuler des clauses testamentaires comme contraires aux lois et aux bonnes mœurs. Or, l'article 1094 grève la réserve ordinaire d'un usufruit au profit d'un époux et ne soumet pas cet usufruit à des règles spéciales et restrictives; c'est donc au titre de l'usufruit qu'il faut puiser ces règles. L'article 601 porte que l'usufruitier est tenu de fournir caution, s'il n'en est pas dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit. Cette disposition est générale, et aucun texte n'en restreint l'application en dehors des prévisions de l'article 1094.

Les auteurs ajoutent : l'obligation de bailler caution est une condition naturelle de l'usufruit; elle n'est pas attachée à l'essence de ce démembrement réel du droit de propriété. Il est donc permis de le dégager de cette obligation, sans en altérer la nature ni la constitution légale. C'est une simple garantie sur l'avenir de l'usufruit qu'on enlève au nu-propriétaire, et on ne compromet actuellement aucun droit. Le nu-propriétaire, ayant fait un inventaire des biens, pourra en surveiller la jouissance, et si elle est abusive, demander l'extinction de l'usufruit, aux termes de l'art. 618. Donc, en accordant à l'époux le droit de dispenser son conjoint de bailler caution, on ne blesse nullement la réserve qui reste toujours garantie par l'art. 618 contre les malversations et l'administration négligente de l'usufruitier.

L'article 601 dispense de plein droit du bail de caution le père et la mère ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants. Le désir d'entretenir l'harmonie de la famille, basée sur une affection sincère, a suggéré au législateur cette disposition. La loi n'a pas voulu, entre parents, de discussions immorales sur la solvabilité du père, sur ses chances de vitalité, pour les tarifer à prix d'argent; elle n'a pas voulu obliger le fils à négocier un contrat d'assurance sur la vie et l'administration du père;

neuve, vol. 1844, 2, 161. — Sirey, *Code annoté*, art. 601, n° 7. — Nancy, 21 mai 1825, *J. P.*, arrêt rapporté à sa date; Douai, 20 mars 1833, *J. P.*, à sa date; Bourges, 29 juin 1841, *J. P.*, à sa date; Toulouse, 27 nov. 1841, *J. P.*, à sa date; Rouen, 24 fév. 1842, *J. P.*, à sa date; *id.*, 17 fév. 1844, *J. P.*, à sa date; Montpellier, 19 nov. 1857, *J. P.*, 1859, p. 356.

elle a mieux aimé se confier dans l'affection du père pour ses enfants.

L'article 601 fournit un argument puissant d'analogie. L'usufruit que l'article 1094 crée sur la réserve est en faveur d'un époux qui sera le père ou la mère, un enfant ou un allié en ligne directe des nu-propriétaires. L'usufruit ne sort pas de la famille, et là c'est l'affection naturelle qui sert de caution.

Ces arguments ont, sans contredit, une grande valeur; mais je ne puis me détacher de ce principe que les lois romaines ont inoculé dans le droit, qui domine tout ce qui touche la légitime pour y imprimer un caractère inviolable et qui ne permet pas de la gêner, de la blesser, de l'aventurer ni de la compromettre par des conditions désavantageuses. Ce principe me paraît être le point le plus lumineux de la question, et on ne saurait l'éteindre par le rapprochement de deux textes, des articles 601 et 1094.

Nous l'avons déjà dit, Bigot Préameneu a assigné à la réserve son utilité sociale. Elle a été instituée pour assurer aux enfants et aux ascendants leur subsistance et perpétuer leur rang dans la société. On contrevient à une règle de droit public en y apposant une condition qui en diminue les garanties. Aujourd'hui que la fortune tend à se mobiliser et à courir les périls du commerce et de l'industrie, maintenons dans toute sa vigueur cette maxime qui, en sauvegardant la réserve, préserve de ces écueils une vieille institution du droit civil et implante, au sein de la famille, un arbre séculaire destiné à l'alimenter et à l'abriter contre les orages de la vie.

Considéré sous le rapport de l'inviolabilité de la réserve, l'article 1094 étant une exception aux articles 913 et 915 du Code Napoléon, doit être interprété d'une manière restrictive.

L'article 601 oblige l'usufruitier à donner caution, s'il n'en est pas dispensé. L'article 1094 ne formulant pas de dispense, soumet de plein droit à cette obligation l'usufruit qu'il crée. L'exception admise par l'article 601 en faveur de l'usufruit légal ne s'étend pas à celui de l'article 1094. C'est un point incontestable. Sera-t-il alors permis à l'époux testateur d'apporter une nouvelle dérogation à l'intégrité de la réserve, en dispensant son conjoint de bailler caution?

Au regard de la loi 32 du Code, *De inoff. test.*, la dispense de caution est une condition qui doit être réputée non écrite.

Les termes larges, généraux de cette loi ne laissent pas de doute, *vel quodcunque onus introducens tollatur*. Sans doute, l'époux affranchi de la charge de présenter une caution n'a pas des droits plus étendus sur la nue propriété. L'usufruit et la nue propriété ne sont pas modifiés dans leur essence. Ce ne serait qu'en abusant de son droit que l'usufruitier entamerait la nue propriété, et alors l'article 618 arme le nu-propriétaire d'une action pour éteindre l'usufruit. Mais, alors même qu'il s'agit d'immeubles à l'égard desquels le nu-propriétaire trouve dans les dispositions de la loi des mesures suffisantes pour faire respecter son droit et empêcher que l'usufruit ne devienne une libéralité indirecte de la pleine propriété, il est certain que la clause, qui exonère l'époux du bail de caution, enlevant une garantie à la réserve, est une condition désavantageuse, une blessure, une diminution des priviléges qui y sont adhérents en vertu des termes des articles 913, 915 et 1094, et à ce titre, cette clause est réputée non écrite par la loi 32 du Code, *De inoff. test.* Si l'usufruit porte sur des meubles périssables de leur nature, sur des titres de créance dont la conservation ne peut être assurée que par un cautionnement, permettre au testateur de dispenser de fournir caution, c'est lui donner le moyen d'éluder indirectement les providentielles prescriptions de la loi sur la réserve. Le cautionnement est la seule garantie réelle et efficace des droits du légitimaire. Comment priver la réserve de cette garantie si tutélaire? L'article 601, qui forme le fondement du système de la Cour de cassation, n'autorise pas une atteinte aussi regrettable à ce patrimoine que la loi économise sur la fortune du père et amortit. Le texte de cet article est un frêle argument. Gary, en présentant au corps législatif, à la séance du 30 janvier 1804, le vœu d'adoption émis par le tribunal du titre de l'usufruit, explique en ces termes les trois exceptions formulées par l'article 601 [1] : « Trois exceptions seulement à cette dernière obligation : *la première, quand celui qui a constitué l'usufruit en a dispensé l'usufruitier; car alors le propriétaire ayant consenti à suivre la foi de l'usufruitier, ni lui ni ses héritiers ne peuvent revenir sur son propre ouvrage;* la seconde, lorsqu'une chose a été vendue ou donnée sous réserve d'usufruit, le ven-

[1] Locré, *Code civil*, t. VIII, p. 293.

deur et le donateur n'étant pas censés avoir voulu s'imposer cette condition ; la troisième, enfin, quand il s'agit de l'usufruit légal accordé aux pères et mères sur les biens de leurs enfants ; disposition aussi juste qu'honorable, par laquelle le législateur reconnaît qu'à ses yeux la plus sûre garantie est cette tendresse que la nature a placée dans le cœur des pères et des mères, pour y être éternellement la protectrice et la sauvegarde des intérêts de leurs enfants. »

Deux exceptions édictées par l'article 601 tirent donc leur raison d'être des pouvoirs du disposant. Elles sont basées sur ce que celui qui a créé l'usufruit pouvait disposer de la nue propriété, réunissant en ses mains les prérogatives de la pleine propriété. Telle n'est pas la situation de l'époux qui lègue à son conjoint l'usufruit de la portion de son patrimoine que les articles 913 et 915 attribuent aux enfants et aux ascendants avec un caractère indisponible.

Les articles 913 et 915, qui reçoivent une dérogation par l'article 1094 limitent la portée du disponible exceptionnel entre époux, s'opposent à ce qu'il puisse emprunter à l'article 601 une faculté accidentelle, un affranchissement des garanties légales de l'usufruit.

Les considérations qui ont inspiré le législateur pour soustraire l'usufruit légal des père et mère au bail de caution, que le tribun Gary a mis en relief dans le passage précité, ne sont pas de mise lorsqu'il s'agit de délimiter la réserve et le disponible et leurs priviléges respectifs. La loi s'inspire alors d'autres considérations empreintes d'une défiance prévoyante contre les injustices de la puissance paternelle ; elle répartit elle-même le patrimoine de famille, impose des barrières infranchissables à la volonté du père, déclare inofficieuses et blessant la piété filiale les dispositions entre-vifs ou de dernière volonté qui méconnaîtraient ses prescriptions. C'est donc un esprit de sage défiance qui préside à l'économie des articles 913, 915, 1094. L'article 601 a une autre source d'une nature tout opposée.

La loi a pu sans inconvénient dégager l'usufruit légal de l'obligation de bailler caution ; car il prend fin à l'âge de dix-huit ans des enfants ; il est en général de courte durée, et lorsqu'il grèvera la légitime des enfants, il sera entouré des règles protectrices de la tutelle.

Dans les prévisions de l'article 1094, la loi n'a pu se reposer sur la tendresse paternelle pour assurer la conservation de la légitime et se dispenser d'exiger un cautionnement réel; car le premier paragraphe de l'article 1094 permet de disposer en faveur d'un conjoint de l'usufruit des biens composant la réserve des ascendants. Le conjoint bénéficiaire, uni à ces ascendants par des liens d'alliance que la mort a brisés, que l'existence d'enfants issus du mariage ne renoue plus, n'aura pas pour eux ce désir naturel, né de l'affection, de leur conserver une légitime dont ils ne jouiront peut-être jamais.

Il est de bonne politique de confier à la loi le règlement des intérêts de la famille et d'observer ses prescriptions. Plus ces intérêts seront consolidés par des garanties réelles, efficaces, moins il y aura de défiance au sein de la famille et de sujets de discorde. L'affection, greffée sur des intérêts solidement établis, y fleurira sans ombrage nuisible. Il n'est pas vrai que les discussions entre parents pour évaluer une caution soient immorales. Le soutenir, c'est accuser la loi d'immoralité; car il faut bien convenir que si l'époux n'a pas dispensé de bailler caution par une clause de son testament, la loi l'exige de plein droit.

Le douaire coutumier et le don mutuel de l'ancien droit ne fournissent pas de raisons décisives contre notre opinion, ainsi que le soutient l'illustre jurisconsulte qui préside la Cour de cassation [1]. L'article 264 de la Coutume de Paris se contentait de la caution juratoire de la douairière, n'exigeait point d'elle qu'elle donnât caution pendant la viduité; mais si elle convolait en secondes noces, elle était tenue de donner bonne et suffisante caution, comme tout usufruitier.

Le douaire était entouré, en droit coutumier, de priviléges seigneuriaux et ne doit pas être confondu avec la légitime. Pothier nous le fait observer. Il se demande quelle est la nature du douaire des enfants. Suivant la coutume de Paris, le douaire des enfants est le même que celui de la femme; celle-ci a la jouissance du douaire, les enfants en ont la nue propriété.

Pothier nous signale cinq différences du douaire et de la légitime; la cinquième laisse sans opportunité, pour la difficulté qui nous occupe, le rapprochement du douaire et de la légi-

[1] M. Troplong, *loco cit.*

time : « 5° Enfin, le père ne peut, par son contrat de mariage, priver de leur légitime les enfants qui naîtront du mariage ; au contraire, les enfants peuvent en être privés par une convention du contrat de mariage. » Ainsi, bien qu'il formât une espèce de légitime en faveur des enfants, le douaire n'était pas revêtu d'un caractère inviolable ; le père pouvait l'enlever à ses enfants. Mais, en ce qui concerne la réserve, il ne lui était pas permis d'y porter la main. Cette indisponibilité est le trait saillant que nous rétorquons contre la doctrine opposée à la nôtre.

Quant au don mutuel, les règles qui le régissaient ne sauraient non plus servir d'argument. Il est défini par Pothier un don entre-vifs égal et réciproque que deux conjoints par mariage se font l'un à l'autre à défaut d'enfants de l'un et de l'autre et, en cas de survie, de l'usufruit des biens de leur communauté, aux charges portées par les coutumes[1].

Les époux pouvaient se décharger de l'obligation de la caution par contrat de mariage ; mais il en était autrement pendant le mariage, parce que, comme le fait observer Pothier, les conjoints sont devenus incapables de se faire aucunes donations, sauf celles que les coutumes leur permettent spécialement de se faire[2]. Lorsque le don mutuel consistait en usufruit, le donataire ne pouvait jamais être déchargé de l'obligation de donner caution.

Sans doute l'éminent magistrat, M. Troplong, a raison de dire que, sous l'empire du Code Napoléon, il n'y a plus à établir une différence entre la donation des époux insérée dans leur contrat de mariage et celle qu'ils se feront plus tard, pendant le mariage ; ils seront toujours libres de dégager leurs libéralités de l'obligation de fournir caution. L'article 1094 n'émet pas de distinction ; *il n'a pas contre les donations pendant le mariage l'aversion de l'ancien droit coutumier.*

Mais cette faculté accordée, en thèse générale, au conjoint de dispenser l'autre de bailler caution, ne peut nuire à l'inviolabilité de la réserve et s'étendre aux biens qui la composent. Le don mutuel n'offre aucun côté qui justifierait cette extension. Ce don dépendait d'une condition *sine quâ non*, c'est à-dire de

[1] Pothier, *Traité des donations*, part. II, chap. 1er, art. 1er.
[2] *Loco cit.*, chap. 5, art. 1er, p. 249.

la non-existence d'enfants de l'un et de l'autre époux. Les enfants du donataire, aussi bien que ceux du donateur, rendraient nul le don mutuel, en faisant défaillir la condition [1]. Il n'était pas réductible pour la légitime des enfants, puisque l'existence d'enfants l'anéantissait, et lorsque leur existence le convertissait en un simple usufruit, il fallait donner caution. De plus, la coutume de Paris n'accordait pas de réserve aux ascendants; ce point de droit était généralement admis en pays coutumier [2]. Dès lors, sous l'ancienne jurisprudence, le don mutuel n'était jamais, comme la donation entre-vifs, sujet à la demande de la légitime ni à l'action en retranchement. La Cour de cassation l'a ainsi jugé le 18 mai 1812 [3], dans une espèce régie par le législation intermédiaire qui privait les ascendants d'une réserve.

Ainsi, quelles que fussent ses variétés, ses institutions nées d'idées politiques, le droit civil a toujours considéré la légitime des enfants comme un dépôt, un fonds sacré auquel le père de famille ne pouvait toucher d'aucune manière, alors même qu'il voulût récompenser la tendresse conjugale.

CH. FRETEL.

BIBLIOGRAPHIE.

THÉORIE DU CODE PÉNAL,

Par M. CHAUVEAU, Adolphe, et M. Faustin HÉLIE, membre de l'Institut, conseiller à la Cour de cassation, 4e édition entièrement et considérablement augmentée par M. Faustin HÉLIE.

Compte rendu par M. J. ALAUZET.

En reportant ses souvenirs à quelques années en arrière, on peut sans effort se rappeler encore la première publication de

[1] V. art. 280 de la coutume de Paris : « Homme et femme peuvent et leur loist, faire donation mutuelle..., pourvu qu'il n'y ait enfants, soit des deux conjoints, ou de l'un d'eux, lors du décès du premier mourant. »

[2] V. exposé des motifs de Bigot-Préameneu.

[3] V. *Recueil du Journal du Palais*, arrêt rapporté à sa date.

la *Théorie du Code pénal* et l'effet produit sur tous par la lecture de ce bel ouvrage. Pouvait-il en être autrement? Lorsque l'enseignement des lois civiles, en effet, avait été porté, déjà dans les siècles qui nous ont précédés, à une hauteur telle que des esprits d'élite, en petit nombre, peuvent seuls se flatter d'égaler leurs devanciers, l'étude des lois criminelles était loin d'avoir obtenu la même faveur. Sans doute, dans une certaine mesure, la préférence donnée aux premières s'explique aisément.

Les lois pénales n'ont point pour mission de fonder la société, mais de la protéger; non de prescrire ni même de sanctionner l'accomplissement des devoirs, mais de garantir les droits de chacun dans les limites du juste et de l'utile; elles ne se mêlent pas à nos transactions de chaque jour; elles ne président pas à tous les actes de notre vie; mais la paix du foyer, mais ces bienfaits d'une civilisation que nos pères nous ont léguée, mais la conservation de tous les biens, comme la garantie de tous les droits qui appartiennent à l'homme dans l'état de société, ne sont assurés que par les meilleures lois pénales, sauvegarde tutélaire de la liberté civile comme de la liberté politique.

Ces vérités ne pouvaient échapper ni aux philosophes ni aux publicistes; à l'envi ils ont cherché la solution de ce grand problème social; ils ont voulu définir quels étaient les droits méritant protection, quelles étaient les attaques devant être réprimées, et puis quelle devait être l'intensité des peines à appliquer, les uns préoccupés de ce qui est juste, les autres de ce qui est utile, et tous, par des chemins divers, arrivant au même but, parce que rien de ce qui serait injuste ne pourrait profiter à la société. Mais parmi ces hommes éminents qui ont restitué au droit pénal son véritable caractère, et l'ont fait sortir de la période de barbarie où il n'était que la défense brutale répondant à la violence, sans règle comme sans mesure, il ne s'est point trouvé de jurisconsultes; parmi les criminalistes il ne s'est point trouvé de philosophes, et la science du droit n'est pas moins nécessaire que l'étude de la philosophie pour écrire avec autorité sur ce noble sujet.

Cependant les travaux de ces grands écrivains, auxquels nous avons fait allusion, avaient porté leurs fruits; connues d'abord et appréciées du petit nombre, leurs idées se sont peu à peu infiltrées dans les masses; quelques-unes au moins sont

devenues populaires, et ne pouvaient être ignorées surtout des hommes éclairés, plus spécialement chargés, dans tous les temps, de la rédaction des lois.

Au commencement du XIXe siècle, les membres du Conseil d'État, qui préparèrent le Code pénal, plus que tous les autres, avaient étudié les écrits publiés sur cette matière. Si les circonstances dans lesquelles ils se trouvaient, si la nature de leur esprit, sans doute trop timide, ne leur ont pas permis de poser avec fermeté des principes d'où les déductions logiques seraient rigoureusement tirées, ils n'ont pu ni voulu se soustraire complétement à l'empire de ces théories si souvent et si brillamment débattues; et peut-être même quelquefois, à leur insu, ils ont été entraînés par l'influence d'idées nouvelles, qu'ils n'osaient ouvertement adopter.

Ces tendances sont plus nuisibles encore dans les réformes partielles, mais nombreuses, qu'a subies jusqu'à nos jours la loi primitive. On comprend donc aisément pourquoi l'enseignement, qui prenait pour texte le Code pénal, ne pouvait être à la hauteur de sa mission, s'il n'était appuyé sur l'histoire, la philosophie et la science du droit. On vit pour la première fois, dans la *Théorie du Code pénal*, ces mérites divers concourant à créer une œuvre unique jusqu'à ce jour; elle était due à l'alliance de M. Chauveau, Adolphe, que ses précédentes publications avaient déjà honorablement fait connaître, et de M. Faustin Hélie signalant ses débuts d'une manière si remarquable et se plaçant au rang des maîtres pour son coup d'essai.

Cependant si les principes sont de leur nature immuables, il est possible que l'expérience ait démontré ce qu'il y a eu de trop absolu quelquefois dans la formule qui les a posés, et ait rendu nécessaire d'en modifier les termes qui ont peine à s'allier avec les faits. Depuis vingt ans des arrêts nombreux sont venus confirmer les doctrines des auteurs de la *Théorie du Code pénal*, ou prouver la difficulté de leur application dans les circonstances qui n'avaient point été prévues. Bien des textes nouveaux ont été promulgués, bien des questions ont été soulevées, et les lacunes étaient nombreuses, que l'on désirait voir combler. Et puis quelle est l'œuvre des hommes qui ne peut avoir rien à gagner à une patiente et consciencieuse révision faite après un long intervalle?

La deuxième et la troisième édition n'avaient été qu'une re-

production littérale. Il faut donc le dire, les amis de la science pure, comme tous ceux qui doivent se préoccuper de l'application journalière de la loi, soit pour en requérir les sévérités, soit pour défendre ceux qu'elle menace, demandaient également, non une simple réimpression, mais un livre nouveau, qui fût le dernier mot des auteurs, de la science, des textes et de la jurisprudence.

Ce long et pénible travail semblait naturellement le partage de l'auteur du *Traité de l'instruction criminelle*, de l'ancien directeur des affaires criminelles au ministère de la justice, du conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation, du membre de l'Académie des sciences morales; il semblait difficile que tout autre que M. Faustin Hélie fût chargé de cette tâche, et nul, à coup sûr, ne pouvait mieux la remplir.

Il serait bien difficile de rendre un compte exact de ces modifications partielles, de ces intercalations placées dans l'ancien texte, à chaque page pour ainsi dire, et qui changent profondément l'ouvrage, tout en lui laissant sa forme primitive et l'esprit dans lequel il a été écrit.

D'un autre côté, la *Théorie du Code pénal* est un de ces livres dont on craindrait désormais de rabaisser le mérite en essayant d'en faire l'éloge; le bien qu'on en peut dire, chacun le sait, et toutes les formules ont été épuisées pour exprimer la haute estime due à une œuvre qui est restée sans rivale. Nous devions donc nous borner à faire connaître sur quels points et dans quelles limites s'est étendue la révision, ou la refonte pour mieux dire, des trois premières éditions ainsi modifiées. Ce travail ne pouvait désormais rien ajouter à la réputation de celui qui l'a entrepris; mais il a eu pour résultat d'augmenter de beaucoup pour tous l'attrait et l'utilité d'un livre, dont plusieurs éditions et les maladroites contrefaçons de fabrique belge n'avaient pu épuiser le succès. J. ALAUZET.

LA JUSTICE RÉVOLUTIONNAIRE A PARIS ET DANS LES DÉPARTEMENTS[1],

D'APRÈS LES DOCUMENTS ORIGINAUX;

Par Ch. BERRIAT SAINT-PRIX, conseiller à la Cour impériale de Paris.

Compte rendu de M. L. BONNEVILLE DE MARSANGY,
avocat à la Cour impériale de Paris.

Le nombre des ouvrages qui ont été écrits sur la Révolution française est considérable, les documents authentiques le sont beaucoup moins. Ce sanglant et douloureux drame, au sein duquel s'est en quelque sorte créée la société moderne, a été l'objet d'études plus ou moins approfondies de la part d'une foule d'écrivains; mais les jugements qu'ils ont émis ne sont que des échos divers de leurs préjugés ou de leurs passions, en un mot, des opinions personnelles.

Ce qui importe aujourd'hui, ce n'est donc pas d'ajouter d'autres opinions individuelles, appréciant l'œuvre de 89 sous un nouveau point de vue; une seule chose est encore à faire, c'est d'éclairer cette tragique épopée de notre histoire par la divulgation de tous les documents authentiques, puisés aux sources officielles et irrécusables.

Ces documents, dans leur muette éloquence, feront bien plus d'impression que les pages brillantes et imagées des historiens de notre temps, trop enclins à dénaturer la vérité, afin d'imprimer à leur mise en scène un caractère plus émouvant[2].

Nos archives nationales offrent sur cette lugubre époque une masse de pièces curieuses, dont malheureusement peu de personnes peuvent aller prendre connaissance. Grâce à un savant jurisconsulte, le public va être à même de se faire une exacte idée de la *justice révolutionnaire*.

M. le conseiller Berriat Saint-Prix, après avoir patiemment

[1] 1 vol., chez Cosse et Marchal, 27, place Dauphine.

[2] On sait que Mme Roland fut condamnée et exécutée avec Lamarche. M. de Lamartine (*Histoire des Girondins*, t. VII, nos 243 et suiv.) a trouvé intéressant de faire de ce jeune homme un *vieillard*. Or Lamarche avait quatre ans de moins que Mme Roland (35 et 39 ans)! (V. l'ouvrage de M. Berriat Saint-Prix, p. 46, note 1.)

étudié les dossiers, si souvent informes, des malheureuses victimes de l'aveuglement populaire, ainsi que tous les autres documents originaux, vient de nous donner la monographie *du Tribunal Révolutionnaire de Paris et de ceux des départements.*

On ne saurait imaginer un livre d'un plus saisissant intérêt, et plus fécond surtout en grandes et terribles leçons. En le parcourant, on sent un frisson d'horreur et de dégoût, et l'on est à se demander si c'est là un fragment de l'histoire d'un peuple chrétien et civilisé ou les saturnales d'une horde d'anthropophages! Et pourtant c'est la vérité nue et réelle; c'est la nature moralement photographiée, car, dans ce livre, comme l'a dit un de nos honorables confrères[1], « vous ne trouverez que *des faits, toujours des faits*, réunis et groupés par l'auteur avec le calme et la fermeté d'un magistrat qui ferait un rapport impartial à l'audience.....; des réflexions, vous n'en trouverez pas. »

C'est que les faits parlent ici assez d'eux-mêmes, et que toute réflexion est impuissante à commenter de pareils assassinats!

Le tribunal révolutionnaire de Paris fut institué le 17 août 1792 pour juger les crimes commis dans la journée du 10 août.

Telle est l'origine de cette juridiction *d'exception.*

Elle commence par fonctionner d'une façon à peu près régulière; mais bientôt elle va devenir, entre les mains des membres les plus influents de la Montagne, un instrument purement politique, qui servira d'abord à les délivrer de leurs plus éloquents adversaires, puis à livrer au supplice tous les malheureux désignés au moindre soupçon de leur haine, de leur vengeance ou de leur caprice.

Jusqu'au 17 ventôse an II, le tribunal révolutionnaire avait cru devoir affecter un semblant de formes judiciaires. On y avait conservé le simulacre d'une sorte de débat; les accusés pouvaient jusqu'à un certain point se défendre : aussi en résultait-il des acquittements en assez grand nombre.

Ces acquittements émurent la Montagne, dont la fureur n'ad-

[1] M. Gustave Chaix d'Est-Ange, dans un remarquable article inséré au *Moniteur* du 16 novembre dernier.

mettait ni pitié ni merci. Pour y remédier, Robespierre fait adopter à la Convention un décret où se trouve cette disposition :

« Art. 2. — Le Comité du salut public fera, dans le plus court délai, un rapport sur les moyens de PERFECTIONNER *l'organisation du tribunal révolutionnaire*[1]. »

Survint la loi du 17 ventôse an II.

Parmi les atroces *perfectionnements* qui en furent la conséquence, se trouve la création des affaires dites *fournées*, dans lesquelles 20, 25, 30 et jusqu'à 35 accusés étaient jugés *in globo* comme coupables d'un même crime.

Les principales *grandes fournées* sont :

Le 16 germinal, l'affaire *Danton, Camille Desmoulins, Chabot...* : 16 accusés, 15 condamnés à mort ;

Le 3 floréal, celle de l'illustre *Malesherbes*, dont il a été fait récemment un si éloquent éloge[2] : 13 accusés, dont 6 femmes ; tous condamnés ;

Le 5, celle des *vierges* de la ville de *Verdun* : 35 accusés, dont 14 femmes ; tous condamnés ; 33 exécutés[3] ;

Le 21, celle de *Madame Élisabeth* : 25 accusés, dont 9 femmes ; tous condamnés.

Ces fournées furent bientôt suivies des *amalgames*, où les accusés, étrangers les uns aux autres et venant de tous les points de la France, n'avaient même plus de commun le crime qui leur était reproché. Tous, quels que fussent leur âge, leur sexe, et bien qu'ils eussent à répondre à des griefs différents, ils étaient réunis pêle-mêle sur les mêmes gradins, compris

[1] *Moniteur* du 7 nivôse an II, p. 391.

[2] V. le discours prononcé cette année à l'audience solennelle de rentrée de la Cour impériale par M. l'avocat général Oscar de Vallée.

[3] Dans son *Histoire des Girondins*, M. de Lamartine parle en ces termes touchants de la fin tragique de ces femmes de Verdun, condamnées au dernier supplice pour intelligences tendant à livrer aux ennemis la place de Verdun :

« Amenées à Paris et traduites au tribunal, leur âge, leur beauté, l'ancienneté de l'injure, les triomphes vengeurs de la République, ne furent pas comptés pour excuse. Elles furent envoyées à la mort pour le crime de leurs pères. *La plus âgée avait dix-huit ans.* Elles étaient toutes vêtues de robes blanches. La charrette qui les portait ressemblait à une corbeille de lis, dont les têtes flottent au mouvement du bras. Les bourreaux attendris pleuraient avec elles. »

dans le même acte d'accusation, et confondus dans les mêmes débats, comme dans la même sentence de mort!

Les modifications apportées au tribunal révolutionnaire par la loi du 17 ventôse an II avaient donc produit les résultats terribles qu'on en attendait. Aucun accusé n'échappait plus. La citation au tribunal révolutionnaire, c'était l'arrêt de mort!.....

M. le conseiller Berriat Saint-Prix récapitule en ces lignes les résultats de la loi du 17 ventôse :

« Durant les *onze* mois qui venaient de finir, le tribunal avait jugé 783 accusés, dont 380 (*moins de la moitié*) avaient été condamnés à mort. Pendant les *trois* mois qui suivirent, du 19 floréal au 22 prairial, il en jugea 1,115, dont 844 (*plus des trois quarts!*) furent condamnés au dernier supplice. »

Mais c'était peu encore : tant d'immolations n'avajent pas assouvi la rage de égorgeurs. A leur gré, cette justice sommaire et inexorable n'accomplissait pas encore son œuvre avec assez de rapidité, de cruauté, de certitude. La loi du 22 prairial an II intervint. « C'était l'œuvre spéciale de Robespierre, » dit M. Louis Blanc.

« Désormais la *seule peine applicable sera la mort!* » (Art. 7.)

Dès ce moment, *plus d'interrogatoire* avant les débats (préliminaire qui éveillait l'attention des accusés sur les faits à leur charge) (art. 12); *plus de défenseurs* (art. 16); *plus même de défense générale des accusés; plus de discours de l'accusateur public; plus de résumé du président* (art. 17)[1].

C'est la mort terrible, inévitable, silencieuse comme les anciens arrêts du Destin!

Nous voici à l'apogée du tribunal révolutionnaire! Fouquier-Tinville est libre; aucune forme n'arrête plus sa démence sanguinaire. Il envoie à la *guillotine* tous les accusés quels qu'ils soient, sans distinction de rang, d'âge ni de sexe; les femmes enceintes, les enfants, les octogénaires, les malades, les infirmes..... *O horrendum!*

Il y a plus : une rivalité inouïe s'établit entre le tribunal révolutionnaire de Paris et ceux des départements. C'est à qui condamnera le plus et le plus vite. Les jurés et les juges (si l'on peut leur donner ce nom) se font de la rapidité de leur monstrueuse besogne une sorte de point d'honneur.

[1] V. l'ouvrage de M. Berriat Saint-Prix, p. 71.

On jugeait à Paris dans l'espace de *cinq*, *quatre* et *trois* minutes et demie par tête. A Lyon, la Commission révolutionnaire fonctionnait plus vite encore : elle n'employait que *deux minutes huit secondes*. Le 15 frimaire cependant, elle n'alla que jusqu'à *une minute et demie !*

Ce n'est pas assez. Tout cela (le croirait-on ?) a été dépassé par le tribunal révolutionnaire de Bordeaux.

« J'insiste, disait le 12 brumaire an II, en pleine Convention, Beaudot, représentant en mission dans la Gironde, pour que la Convention renvoie à Bordeaux les *huit* membres de la Commission populaire. Il ne faut que *huit minutes* pour les juger[1] ! »

Une minute pour chaque accusé !!!

Mais détournons les yeux de ces hécatombes humaines. Si toutes les hontes, toutes les infamies, toutes les cruautés sont du côté des accusateurs et des juges, nous trouvons dans les victimes des sentiments de fermeté, de sang-froid, de grandeur d'âme qui forment un sublime contraste.

On aura beau « *proposer de les saigner avant l'exécution pour affaiblir le courage qui les accompagnait jusqu'à la mort*[2], » ce courage leur restera ; et si par exception il faiblit chez l'homme, la femme lui apprendra par ses paroles et par son exemple comment on monte sur l'échafaud[3].

Lorsqu'il sera possible de tromper l'empressement aveugle des bourreaux, le père se laissera condamner et exécuter pour son fils, le fils pour son père[4]. Ce sera une lutte de générosité et d'abnégation, sur laquelle on est heureux d'arrêter un instant ses regards pour les reposer du spectacle hideux de ces tribunaux sanguinaires.

L. BONNEVILLE DE MARSANGY.

[1] *Moniteur* du 12 brumaire an II, p. 176.

[2] Fouquier-Tinville, dans la déclaration du jury qui le condamne, est reconnu coupable d'avoir émis cette proposition sans nom.

[3] On sait que Mme Roland fut condamnée et exécutée avec Lamarche, dont elle releva le courage en allant à l'échafaud.

[4] Les sieurs *Sallier* et Loizerolles pères se laissèrent condamner à la place de leurs fils ; *Saint-Pern* fils à la place de son père. (V. l'ouvrage de M. Berriat Saint-Prix, p. 111.)

PARTIE ÉTRANGÈRE

PRÉCIS DE L'HISTOIRE DU DROIT PÉNAL ALLEMAND,

DEPUIS LA CAROLINE JUSQU'A NOS JOURS ;

Par M. Charles LEVITA,
docteur en droit, professeur à la Faculté de droit de Giessen.

Traduit et annoté par M. L. BONNEVILLE DE MARSANGY,
avocat à la Cour impériale de Paris.

DEUXIÈME ARTICLE [1].

IV.

L'arbitraire introduit par la doctrine et la jurisprudence dans le droit et la procédure pénale, ainsi que nous l'avons exposé dans la première partie, arbitraire qui avait eu pour cause la distance toujours croissante entre la Caroline et les progrès des idées, avait été poussé à un tel point qu'il était devenu intolérable. On sentit le besoin d'y mettre un terme par la création de lois *positives* plus en rapport avec les idées de l'époque, et que les tribunaux et les auteurs seraient désormais tenus de respecter.

Telle fut l'origine de ces Codes nouveaux, qui apparaissent vers le milieu du siècle dernier dans presque tous les États de l'Allemagne.

Le premier fut le *Codex juris bavarici criminalis* de 1751 rédigé par Kreitmayer [2].

Puis apparaît en Autriche la *constitutio criminalis theresiana* de 1768, remplacée en 1787 et 1788 par le *Code pénal de Jo-*

[1] V. t. XIX, p. 368.

[2] C'est Kreittmayer qui, le premier, détruisit formellement le droit commun allemand, ayant réussi à faire donner à son Code une autorité exclusive en Bavière. (*Note du traducteur.*)

seph II [1] auquel fut a son tour substitué, en 1803, le *Code de François II*.

En 1794 avait paru le *Code criminel de Prusse*, commencé dès 1780 sous Frédéric le Grand et faisant partie du *Preussischen Landrecht*.

Citons encore le *Code de Bamberg* rédigé en 1795 par le chancelier Pflaum.

Nous arrivons ainsi au *Code pénal de Bavière* de 1813. Ce monument législatif devient le point de départ d'une période très-importante de l'histoire du droit. Bientôt en effet, prenant ce Code pour base et s'éclairant des expériences faites dans ce pays pendant les vingt années suivantes, ainsi que des progrès opérés par la science, les autres États allemands se constituèrent à leur tour des législations *particulières*. Ainsi firent successivement la *Saxe* (1838), le *Wurtemberg* (1839), le *Brunswick* (1840), le *Hanovre* (1840), le *grand-duché de Hesse* (1841), *Bade* (1845) [2], la *Thuringe* (1850), la *Prusse* et l'*Autriche* (1851), la *Saxe* de nouveau (1855) et enfin le *Oldembourg* (1860).

Par suite de la promulgation de ces Codes, l'ancien droit commun allemand, représenté par la Caroline, disparaît, et ne subsiste plus que dans les territoires qui n'ont pas encore de législations particulières.

Il est impossible d'examiner ici en détail chacun de ces Codes, et d'en faire ressortir les qualités et les défauts. Nous ne pouvons qu'en donner une analyse générale, et ce coup d'œil d'ensemble prouvera suffisamment la nécessité de leur création.

§ 1er. — L'ancien *Code pénal prussien* de 1794 est, il faut l'avouer, encore loin de la perfection. Le système des peines y est très dur, l'unique but qu'on se propose étant la prévention et l'intimidation [3]. La mort y est édictée trop fréquem-

[1] Pour donner une idée exacte de l'esprit qui anime ce Code, il suffit de rappeler qu'on y trouve joints douze tableaux uniquement employés à énumérer les différentes sortes de tortures qu'on devait, selon les cas, faire subir aux accusés. (*Note du traduct.*)

[2] Quoique rédigé en 1845, le Code de Bade n'est devenu exécutoire qu'en 1851. (*Note du traduct.*)

[3] Ç'a été de tous temps le défaut des législations allemandes de trop sacrifier au dogme de la *raison d'État* et aux doctrines expéditives de l'*intimidation*, et de ne pas assez tenir compte de la *persona nocentis*. On peut leur appliquer ces paroles de Target : « Qu'un coupable souffre, ce n'est pas le der-

ment, et dans des cas où elle n'est nullement en rapport avec le crime : ainsi l'homicide, résultat purement accidentel et conséquence indirecte d'un autre délit, est puni du dernier supplice. Des peines également excessives sont prononcées contre les délits politiques ; quiconque est soupçonné même vaguement de complicité est décapité !

Il y a des genres de mort plus cruels encore, tels que le bûcher, la roue, etc. . . . . De même la peine de la prison peut être aggravée par la marque au fer rouge, le fouet et l'exposition publique.

L'emprisonnement a perpétuité se rencontre trop souvent, et parfois il est la seule peine édictée. L'emprisonnement à temps est aussi prononcé sans alternative, et quand une alternative existe, elle est trop rigoureuse.

Ajoutons que le champ laissé a l'appréciation du juge est en général trop restreint; le Code semble vouloir faire l'éducation judiciaire des magistrats comme ferait un cours de droit pénal.

Il est enfin à regretter que certaines présomptions générales, entre autres la *præsumptio doli*, soient interprétées contre l'accusé ; que la ligne de démarcation, qui doit séparer les crimes des contraventions de police ne soit pas plus nettement définie, et que les conditions requises pour constituer le corps du délit aient été souvent exposées sans précision ni exactitude.

§ 2. — Le *Code d'Autriche* de 1803 est déja un progrès, bien qu'il ait aussi ses défauts ; car le système des peines est encore trop rigide, et les différentes infractions n'y sont pas indiquées avec tous leurs caractères propres et les limites qui les séparent.

Cependant il laisse déja davantage à l'appréciation des tribunaux ; c'est à eux qu'il appartient désormais de peser les faits modifiant la pénalité, les divers degrés de la tentative et la complicité.

Le Code de Prusse comprenait dans la même classe des crimes très différents ; ce défaut a disparu dans le Code autrichien ;

nier but de la loi ; mais que *les crimes soient prévenus*, voilà ce qui est d'une haute importance ! La gravité des crimes se mesure, non pas tant sur la perversité que *sur les dangers qu'ils entraînent.* » (*Observations sur le Code pénal.*)

Déjà la loi romaine disait : « *Ut unius pœna metus sit multorum.* » (L. 1, C., *ad L. Jul.*) (*Note du traduct.*)

le premier ne donnait le plus souvent qu'une définition vague des conditions constitutives du corps du délit; le second un fait, en général, une énumération plus nette et plus détaillée.

Enfin la distance entre le *maximum* et le *minimum* est plus large, et même le juge est autorisé, pour des raisons que la loi prend le soin de préciser, à franchir le *maximum* et à descendre en deçà du *minimum*.

§ 3. — Les progrès que firent faire à la science du droit pénal les travaux des savants jurisconsultes de cette époque, et avant tout ceux de Feuerbach et de Grolman, se manifestent dans le *Code criminel de Bavière* de 1813 [1], monument admirable dans ses qualités, remarquable même jusque dans ses défauts, et dont l'influence s'est fait sentir sur toutes les législations postérieures [2]; il peut donc être à bon droit surnommé *pater constitutionum criminalium recentiorum*, de même que la *Bambergensis* a été appelée *mater Carolinæ*.

Le Code est essentiellement l'*œuvre* de Feuerbach [3], bien qu'avant sa promulgation il ait été, pour être revisé, soumis à une commission de jurisconsultes parmi lesquels nous distinguons son célèbre antagoniste Goenner.

On y reconnaît le grand Feuerbach à la fidélité, à la logique,

[1] V. l'excellente traduction française qu'en a donné M. Ch. Vatel, bâtonnier des avocats de Versailles. — Paris, Durand, 1852. (*Note du trad.*)

[2] « Le Code de Bavière a le rare mérite d'avoir *seul*, entre toutes les législations de l'époque, partagé l'honneur de la propagande dominatrice exercée par le Code pénal de l'empire français, avec cette différence, toutefois, que l'invasion de ce dernier Code s'est étendue sous l'irrésistible influence de nos armes, tandis que celle du Code Maximilien s'est produite par la propre force de son autorité scientifique. Ainsi, tandis que l'Italie, la Sicile, la Hollande, la Belgique, les provinces rhénanes, la Pologne, la Suisse, etc....., recevaient des mains victorieuses de Napoléon notre Code de 1810, les duchés d'Oldembourg, de Saxe-Weimar, le royaume de Wurtemberg, la Suède et plus tard la Grèce et les cantons suisses de Saint-Gall, Zurich, etc....., adoptaient *volontairement* les dispositions du Code de Bavière. » (Bonneville, *Influence du Code de Bavière*, travail inséré dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1852.) (*Note du traduct.*)

[3] La rédaction du premier projet du Code pénal de Bavière avait été confiée à Kleinschrod, criminaliste éminent, mais plus porté vers les traditions du passé que vers les progrès des idées nouvelles. Feuerbach, jeune professeur de l'Université de Landshut, en fit bientôt paraître une critique fort remarquable. Le gouvernement l'appela aussitôt à Munich, pour le charger de rédiger un projet entièrement nouveau. Feuerbach n'avait alors que vingt-sept ans! (*Note du traduct.*)

à la clarté, à la précision avec lesquelles partout sont observés les mêmes principes. La barbarie des anciennes peines disparaît ; la loi apporte à l'arbitraire de la doctrine et de la jurisprudence des limites fixes, et les conditions constitutives du délit sont exposées pour la première fois d'une manière complète.

Mais ce sont précisément ces qualités qui sont la sources de ses défauts.

Le système [1] adopté par Feuerbach dans ses écrits, système qui a reçu le nom de *théorie de la contrainte psychologique* (*psychologische Zwangstheorie*), consiste à admettre que l'entraînement qui pousse à commettre un méfait peut être utilement neutralisé par la conviction que le délit sera puni d'un mal plus grand que le mal causé par la résistance à l'impulsion criminelle.

Cette théorie ôte, dans le Code, au juge toute espèce de pouvoir d'appréciation, rend nécessaires des peines trop sévères, et occasionne une fausse mesure de la culpabilité et une échelle des peines mal ordonnée.

La dépendance imposée aux magistrats et la sévérité des peines résultent de ce que les dispositions du Code sont absolues et sans alternative. Les peines de la récidive, entre autres, sont rigoureuses à l'excès et contenues dans des articles

[1] Feuerbach adopte pour point de départ de son système l'idée d'un contrat social. Suivant lui, la société civile dérive de l'union des volontés et des forces individuelles coalisées dans l'intérêt de tous.

Le but de l'État est d'établir le règne du droit. Toute *lésion de droit* est contraire à ce but ; et l'État, qui a pour mission de le réaliser, doit s'efforcer de rendre les *lésions de droit* impossibles. Or on arrivera à ce résultat en plaçant à côté de chaque lésion possible, la menace d'un mal supérieur à l'avantage que l'on peut retirer de la lésion projetée.

Telle est la théorie *de la contrainte psychologique*.

Si ce système avait ses défauts, il offrait néanmoins à l'époque de Feuerbach d'incontestables avantages. C'est Feuerbach qui a, le premier, formulé en Allemagne ces axiomes : *Nulla pœna sine lege ; nulla pœna sine crimine ; nullum crimen sine pœnâ legali.*

En France, ces maximes nous paraissent des vulgarités banales à force d'évidence ; mais en Allemagne, qui le croirait ? elles sont encore loin d'être admises sans conteste. « L'axiome *Nulla pœna sine lege* est aussi faux, dit Bosshert, que la proposition *Nullum jus sine lege.* » (*Hist. et théorie du droit pénal*, t. II, p. 312.)

V. Vatel, *Code de Bavière.* (*Note du traduct.*)

si compliqués que la sagesse du juge est constamment hésitante sur l'application qu'il doit en faire[1].

Quant à la fausse mesure de la culpabilité, elle apparaît surtout en ce que plus est vif l'entraînement vers le crime et favorable l'occasion de le commettre, plus sévère est le châtiment, en vue d'obtenir une intimidation plus grande[2].

Dans la neuvième édition de son ouvrage sur le Code pénal de Bavière, publiée par lui en 1826, Feuerbach a reconnu et corrigé plusieurs des principaux vices de son système, et notamment en ce qui touche la base de l'imputabilité, l'essence et les degrés de la culpabilité; il a supprimé la présomption de vol, accordé aux tribunaux une plus grande latitude et introduit diverses améliorations dans la partie spéciale aux délits contre les personnes et les propriétés.

Il a depuis reproduit cette innovation dans un projet modificatif du Code de 1813, projet dans lequel il publie les observations par lui faites pendant sa présidence de la Cour de Bamberg[3].

§ 4. — L'impulsion ainsi donnée, les divers États allemands font, à partir de 1838, de notables progrès dans la science du droit pénal, secondés qu'ils sont par tous les jurisconsultes célèbres qui apparaissent à cette époque[4], et grâce surtout aux discussions qui résultent des divers projets de lois soumis aux chambres.

[1] Le Code de Bavière a été, comme notre Code des délits et des peines de l'an IV, une réaction contre le régime des peines arbitraires. On croyait avoir résolu le problème en déterminant la peine d'une manière fixe, ou tout au moins en restreignant, autant que possible, le pouvoir discrétionnaire du juge. L'expérience a prouvé qu'on n'avait fait qu'introduire dans l'administration de la justice criminelle une intolérable rigueur, et il a fallu en revenir au système des peines arbitraires, déguisé sous le nom de circonstances atténuantes!

V. Vatel, *Code de Bavière.* (*Note du traduct.*)

[2] Ainsi, loin de servir à atténuer la peine, toutes les circonstances qui sont favorables à l'accusé, telles que l'occasion, l'entraînement, etc..., sont une cause d'aggravation! Funeste conséquence d'un faux principe auquel on veut toujours être fidèle quand même! (*Note du traduct.*)

[3] Ce projet de Feuerbach modifiant le Code de 1813 a été trouvé, à sa mort, parmi ses papiers inédits. Il a été publié pour la première fois en 1847, dans l'*Archive du droit criminel*, par Mittermaier. (*Note de l'aut.*)

[4] Citons entre autres Tittmann, Henke, Martin, Bauer, Birnbaum, Wilda, Waechter, Abegg, Mittermaier, Zachariæ, Geib, Heffter, Hezmann, Koestlin, etc..... (*Note de l'auteur.*)

Ces discussions ont eu une influence d'autant plus salutaire, qu'elles étaient soutenues par les députés les plus capables, et surveillées par la publicité. Néanmoins ces heureux effets ne sauraient faire oublier les périls de semblables délibérations auxquelles se livrent des assemblées formées d'éléments hétérogènes, dont les majorités sont souvent le simple résultat du hasard, dont la plus grande partie des membres n'a pas en général fait du droit une étude spéciale et approfondie, et qui, pour toutes ces raisons, sont dirigées par des inspirations du moment, ou sont esclaves de l'autorité scientifique de quelque grand nom.

A moins d'avoir l'esprit aveuglé par l'ignorance ou l'injustice, on ne saurait méconnaître que si, dans ces diverses législations, on rencontre encore des traces de l'ancienne théorie exclusive de l'intimidation, on voit poindre, à travers un certain éclectisme, l'idée vraie du but de la peine, qui est d'un côté de *réparer* l'infraction faite à la loi, et de l'autre de rétablir dans la personne du condamné, par la voie de l'*amendement*, l'équilibre moral que sa mauvaise action a détruit. On ne saurait méconnaître également que, si l'on n'a pu complétement éviter ces règles dogmatiques absolues, qui sont un obstacle au développement de la science, et qui doivent être abandonnées aux savants, on a cependant laissé à la doctrine un champ assez vaste pour qu'elle puisse exercer librement son action ; que si, dans certains cas, la latitude du juge est trop restreinte, on lui permet pourtant, en général, une appréciation libre, sans pour cela faire abdiquer à la loi sa salutaire autorité.

On ne saurait méconnaître enfin que, si quelquefois le hasard est la seule règle suivie dans la fixation de la peine, c'est le plus souvent au degré de culpabilité de l'intention que se mesure la pénalité ; et de là surtout la rationalité des principes qu'offrent les nouveaux Codes sur la *culpa*, la tentative et la complicité.

Pour se bien pénétrer des progrès que manifestent ces législations, il suffirait de comparer le Code de Prusse de 1851 et celui de Saxe de 1855 avec les anciens recueils qui se sont succédé à partir du commencement du XVIIIe siècle jusqu'en 1838. Il est vrai de dire que, postérieurement à cette date, on n'a cessé de satisfaire par des lois partielles successives aux

besoins qu'avaient fait naître les réformes introduites à cette époque dans l'instruction criminelle.

V.

Nous avons vu que la nécessité de réformes se faisait sentir encore plus vivement dans l'instruction criminelle que dans le droit pénal proprement dit.

L'ancienne procédure *inquisitoriale* ne pouvait subsister.

Il était temps que les fonctions d'accusateur, de défenseur et de juge ne fussent plus réunies dans les mêmes mains, et que les différentes phases du procès cessassent d'être plus longtemps confondues.

Il était temps de limiter ce pouvoir arbitraire du magistrat, à la discrétion duquel l'accusé se trouvait livré sans armes; arbitraire qui avait permis au juge instructeur de faire revivre la *torture*, formellement abolie, en punissant à son gré l'accusé, s'il était reconnu coupable de mensonge, ou s'il s'obstinait à garder le silence, ou s'il refusait d'avouer.

Il était temps de rendre les débats *contradictoires;* car jusqu'alors le magistrat, statuant sur l'affaire, n'avait sous les yeux que les pièces de la procédure, et n'entendait ni les témoins, ni les experts, ni l'accusé lui-même. Pour suppléer à l'absence de ce dernier, on avait coutume de joindre au dossier un acte dit *geberdenprotocoll*, dans lequel étaient consignés la tenue et les faits et gestes de l'accusé pendant l'instruction.

Il était temps enfin que le juge cessât de se croire forcé, par la théorie des *preuves légales*, d'introduire de véritables monstruosités juridiques, comme par exemple de punir même le *simple soupçon*, et de prononcer l'*absolutio ab instantia* [1].

Le signal de la réforme dans la procédure pénale fut donné

[1] Quand les conditions requises pour constituer les *preuves légales* n'étaient pas remplies, le juge, qui d'après la loi aurait dû absoudre l'accusé, avait imaginé deux moyens de le condamner quand même : selon la gravité des présomptions; ou bien il punissait l'accusé à cause du *simple soupçon* dont il était l'objet, ou bien il prononçait l'*absolutio ab instantia*, c'est-à-dire le renvoyait de l'instance actuelle, se réservant de reprendre l'instruction si de nouveaux indices venaient à se révéler.

L'*absolutio ab instantia* avait pour l'accusé de très-fâcheuses conséquences, en ce qu'il restait sous le coup d'une nouvelle procédure et que pendant ce temps il était frappé d'incapacités civiles. (*Note du trad.*)

par le Code d'instruction criminelle de Bade de 1845[1]; et à partir de 1848, presque tous les autres États de l'Allemagne font de leur procédure criminelle une refonte générale, concernant tantôt les crimes, tantôt les délits seulement.

Parmi les principales améliorations adoptées se rangent, en première ligne, l'institution du *ministère public* et celle du *jury*[2]. On sépare avec soin de l'instruction préliminaire, les *débats*, qui sont désormais la partie la plus importante de la procédure, et qui, d'écrits qu'ils étaient, deviennent oraux. Enfin les règles de l'appel et du recours en cassation subissent de notables changements.

La voix de la nation et les organes scientifiques, qui depuis longtemps réclament ces réformes, les saluèrent avec bonheur, Elles eussent certainement été plus complètes si la divergence encore existante des opinions sur le mérite de certaines institutions capitales, telles que le jury et la théorie légale des preuves, n'eût été la cause de l'incertitude où l'on était de savoir si l'on devait les adopter. L'époque agitée (1848) où elles prirent naissance y est aussi pour beaucoup. Toutefois on a généralement suivi le droit français, sauf en Brunswick, où l'on a pris pour guide le droit anglais.

Ajoutons que très-souvent on a négligé, pour s'occuper trop exclusivement de l'établissement du jury, les autres bases de la procédure, comme par exemple l'organisation judiciaire et l'instruction préliminaire.

Enfin n'oublions pas qu'il était impossible que les nouvelles institutions pussent porter de suite tous leurs fruits, puisque ni le public, ni les magistrats, ni le barreau n'y étaient encore accoutumés[3].

[1] Ce Code, qui est un des plus progressites de cette époque, est dû surtout à l'influence du savant Mittermaier, le premier des criminalistes allemands. (*Note du traduct.*)

[2] Ainsi, tandis que nous jouissons du bénéfice de ces salutaires institutions depuis si longtemps, elles ne fonctionnent, dans une certaine partie de l'Allemagne, que depuis 1848!

En effet, l'Autriche, la Saxe et le Altenbourg n'ont pas encore adopté le jury. L'Autriche, toutefois, est sur le point de l'admettre. — On verra, dans la suite de ce travail, que M. de Schmerling a proposé au *Reichsrath* diverses réformes, parmi lesquelles il s'en trouve une relative à l'introduction du jury. (*Note du traduct.*)

[3] V. Planck, préface de son ouvrage dogmatique sur le nouveau droit pénal et l'instruction criminelle; et Mittermaier, ses différents écrits sur la procédure pénale. (*Note de l'auteur.*)

VI.

C'est à tort que quelques auteurs ont pensé que de la création de ces législations propres à chaque État devait forcément résulter le morcellement définitif du droit commun pénal allemand.

C'est également a tort que d'autres ont craint que cette unité de principes, basée sur le droit romain, le droit canonique, les lois de l'Empire, le droit contumier et la jurisprudence générale, ne fût détruite par l'avénement de nouveaux Codes particuliers.

Toutes ces appréhensions étaient mal fondées, car l'unité du droit pénal allemand à cette époque n'existait déjà plus, ni quant à la forme ni quand au fond.

Pour démontrer jusqu'à quel point cette unité était depuis longtemps détruite, il suffit d'esquisser l'état du droit pénal, vers cette époque, dans deux États que nous choisissons : l'un au nord, *la Saxe*; l'autre au midi, *le Wurtemberg*.

En Saxe, il y avait différentes peines de mort qualifiées; en Wurtemberg, la seule peine de la décapitation.

En Saxe, deux genres d'emprisonnement; plus du double en Wurtemberg.

En Saxe, les tribunaux pouvaient prononcer, à titre de mesures de police, des détentions devant suivre l'expiration de la peine; cela n'avait pas lieu en Wurtemberg. De plus, il y avait de grandes différences dans le *quantum* de la peine; c'est ainsi que certains délits d'une importance secondaire étaient punis plus sévèrement en Saxe, parce qu'au delà du *maximum* de l'emprisonnement, qui était de huit semaines, venaient sans transition les travaux forcés, tandis qu'en Wurtemberg il y avait des degrés intermédiaires. Par contre, quelques crimes d'une certaine gravité étaient punis, en Saxe, de peines moins rigoureuses, parce que le *maximum* des travaux forcés à temps y était de dix ans, lorsqu'en Wurtemberg il dépassait vingt ans.

En Wurtemberg, la récidive était la principale circonstance aggravante du vol; elle ne l'était pas auprès d'un grand nombre de tribunaux saxons. Dans ce dernier État, au cas de concours de plusieurs vols, on faisait le total de toutes les sommes volées, ce qui n'avait pas lieu en Wurtemberg.

En Saxe, la restitution de la chose soustraite avait, quant à

l'atténuation de la peine, une bien plus grande influence qu'en Wurtemberg.

Enfin les mêmes différences se rencontrent dans la procédure. C'est ainsi que, pour n'en citer qu'un exemple, en Saxe les juges instructeurs renvoyaient le dossier aux Facultés de droit, tandis qu'en Wurtemberg ils jugeaient eux-mêmes ou renvoyaient l'affaire à la décision des Cours d'appel.

Au milieu de cette division, les législations qui furent créées devinrent *les organes d'un nouveau droit pénal allemand*, qui se présente, à la vérité, sous la forme d'un droit particulier, mais qui, au fond, repose sur une même base nationale. Grâce à la science pénale moderne, dont ils sont le produit, les Codes récents ont pu prendre et conserver, dans leur développement ultérieur, un certain caractère *d'unité*, unité à la destruction de laquelle, depuis la Caroline, la doctrine et la jurisprudence n'avaient cessé de travailler.

S'il est vrai que les progrès de la civilisation et l'extension des rapports internationaux amènent de plus en plus tous les peuples à prendre pour base de leurs législations les mêmes principes [1], et que les changements divers qu'on y rencontre ne sont que la conséquence forcée de la différence des institutions politiques, ce caractère unitaire devait exister à bien plus forte raison dans les travaux juridiques des États allemands, à cause de l'uniformité de l'esprit national, de l'identité des vues morales et sociales, et de la conformité des institutions politiques.

En outre, ces Codes n'ont-ils pas tous puisé à la même source, au vieux droit commun allemand et aux ouvrages scientifiques? et de même que le Code de Bavière formait la base immédiate des législations pénales qui se sont succédé de 1813 à 1838, et qui pour cette raison avaient entre elles une certaine

[1] Ces principes sont surtout ceux de la législation française, dont le Code civil (Code Napoléon) est déjà devenu le droit civil commun de presque toutes les nations civilisées, dont la procédure civile tend à être adoptée comme procédure générale en Allemagne, et dont le droit criminel, récemment imité en Portugal et en Italie, sert également de base à ce grand mouvement réformateur qui se manifeste actuellement en Allemagne, relativement à l'amélioration du droit et de la procédure pénales.

(V. les différents articles publiés dans cette *Revue*, 1° sur le projet du Code pénal portugais, 2° sur la procédure civile de Bavière, 3° sur l'organisation judiciaire en Italie.) (*Note du traduct.*)

similitude, de même il existe une telle ressemblance entre les législations récentes, parce qu'elles ont emprunté les unes aux autres, et se sont réciproquement servi de leurs travaux préparatoires, de leurs projets et des discussions de leurs chambres.

Sans doute, on y rencontre aussi certaines différences, soit dans la partie générale, par exemple en ce qui concerne la *tentative* et la *complicité*, soit dans la partie spéciale aux diverses infractions, soit enfin dans le langage technique employé. Mais il ne faut en chercher la cause que dans le profond besoin, dont est possédée la nation allemande, de se créer des lois individuelles, territoriales et locales. Cela provient encore de ce que les auteurs de ces différentes codifications, après avoir puisé à la source commune du droit général, ont voulu aussi faire usage de leur droit particulier et de leurs propres coutumes. Enfin cela provient également de ce que quelques États ont eu recours aux législations étrangères, comme par exemple la Prusse, et, en dernier lieu, la Bavière au droit pénal français[1].

Nous n'entendons certes pas prétendre que le droit commun existe encore à l'état de droit *formel*, comme à l'époque où l'autorité souveraine des lois impériales était reconnue. L'unité que nous constatons de nos jours n'est qu'une unité *de fait*, résultant d'une conformité de principes. Ce droit commun *de fait* ne tient plus lieu sans doute, comme au temps de la Caroline, d'un droit formel subsidiaire; mais il produit à peu près les mêmes résultats, car les tribunaux ont la faculté, pour résoudre les cas non prévus, de recourir aux ouvrages scientifiques, ouvrages qui sont les véritables dépositaires de ce nouveau droit commun.

Jusqu'à présent la science a bien pu, au moyen des travaux que lui ont inspirés chacune des législations récentes, maintenir cette unité de fait dans le droit pénal allemand; mais il est à craindre pour l'avenir que la tendance vers un droit particulier que nous avons signalée n'ait à la fin le dessus.

L'histoire du droit pénal nous fournit, pendant le cours des XVIIe et XVIIIe siècles, un triste exemple d'une semblable situation, alors que l'entier oubli dans lequel était tombée la Caro-

[1] Le Code de Bavière de *septembre* 1861, dont l'auteur veut ici parler, est la plus récente de toutes les législations pénales de l'Allemagne; il a fait de nombreux emprunts au Code pénal français. (*Note du traduct.*)

line eut causé cette *anarchie législative*, résultat inévitable d'un particularisme sans mesure. Pour éviter qu'un semblable malheur ne se reproduise de nos jours, il est, selon nous, de toute urgence de créer un droit pénal commun et *formel*, c'est-à-dire un *Code pénal général et unique* s'appliquant à la totalité des États allemands [1].

On nous objecte que créer l'unité dans le droit pénal est une entreprise qui offre bien plus de difficultés encore que créer l'unité dans le droit civil et commercial [2]; que l'unité de législation n'est un bienfait qu'autant qu'elle est basée sur l'unité des mœurs et l'identité du caractère national; que dans un grand pays comme l'Allemagne il existe toujours forcément entre les diverses parties des différences essentielles, qui empêcheraient un Code unique, réglant tous les détails, de produire d'heureux résultats.

D'autres sont d'avis que la multiplicité des Codes territoriaux doit être maintenue, parce qu'elle a l'avantage de rendre facile l'introduction des réformes et présente une moindre force de résistance aux progrès qu'un Code fixe et général, et que les expériences qu'on a déjà tentées prouvent qu'il manque en Allemagne une force législative, capable d'entreprendre et d'achever cette grande œuvre.

Enfin il est des auteurs qui soutiennent que l'unité du droit pénal serait plus sûrement atteinte si on laissait agir les législations particulières et les ouvrages scientifiques.

A toutes ces objections nous faisons les réponses suivantes :

D'abord l'état actuel des divers territoires allemands, tant politique que moral, se prête merveilleusement à une codifica-

[1] L'auteur aborde ici l'importante question, en ce moment à l'ordre du jour dans toute l'Allemagne, de la nécessité d'avoir un Code pénal unique pour toute la nation germanique.

Un grand pas a été déja fait dans ce sens par les deux congrès de jurisconsultes, tenus l'an dernier à Berlin et cette année à Dresde, auxquels la présence des ministres de la justice de la plupart des Cours allemandes a donné une si grande autorité.

Une commission permanente a été créée en vue de travailler à ce mouvement unitaire, et, au nombre des principales résolutions qui ont été prises, on a proposé d'adopter, dans toute l'Allemagne, le Code de procédure civile du royaume de Hanovre. (*Note du traduct.*)

[2] V., sur l'*unité du droit commercial en Allemagne*, un remarquable travail publié dans cette *Revue* (numéro d'août 1859) par mon honorable confrère M. de Valroger fils. (*Note du traduct.*)

tion unitaire. Nous avons démontré, en effet, que partout les législations particulières sont basées sur les mêmes principes; et quant aux différences de détail qui forcément doivent exister, rien ne s'oppose à ce qu'on en tienne compte dans le Code général [1].

De plus, il n'est pas exact de dire qu'en formulant d'une manière fixe, dans un Code unique, le droit pénal d'une nation, on entrave le développement théorique et pratique de ce droit. On donne au contraire, à ces deux éléments, la base solide dont ils ont besoin pour prospérer.

La science, depuis Feuerbach et Grolman, a fait, ce nous semble, assez de travaux préparatoires, puisqu'il n'est plus une question qui n'ait été traitée et élucidée par les auteurs, examinée et discutée par les chambres, ou dont la solution n'ait été tentée par des expériences juridiques.

J'ajoute qu'il ne s'agit pas de construire un Code absolu et invariable, mais seulement de réaliser un progrès en égalisant le niveau des nombreuses législations particulières. Quel triste sort serait réservé à toute espèce de réforme s'il la fallait ajourner jusqu'à ce qu'on fût sûr d'atteindre l'idéal de la perfection !

Si la science a jusqu'à présent à peu près réussi à maintenir l'unité du droit pénal, elle ne saurait le faire plus longtemps, car elle est forcée de disséminer sa force, çà et là, au milieu de ce dédale et de ce morcellement de codifications qui, loin de se rapprocher, s'éloignent de jour en jour davantage les unes des autres, et contrainte de s'occuper spécialement du droit d'un seul État, abandonnant les autres à la décadence qui attend toute législation dès que la science générale la délaisse, fût-elle très-soigneusement cultivée dans ses limites territoriales.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue l'avantage politique immense qui résulterait de l'unité du droit pénal. Rien ne resserre, en effet, davantage les liens des différentes parties d'une nation que l'unité juridique.

[1] M. le baron Gross, procureur général à Eisenach (grand-duché de Saxe), propose dans sa Revue *Strafrechtspflege* de déterminer, par exemple dans le Code général, les cas passibles de la peine de l'emprisonnement, sauf à laisser aux différents États le soin d'en régler le mode et la durée suivant les divers régimes pénitentiaires en vigueur dans chacun d'eux.

(*Note de l'auteur.*)

Jusqu'à ce qu'on soit parvenu à l'accomplissement définitif de cette grande entreprise, et afin d'en aplanir les difficultés, il serait bon, selon nous, que les petits États de l'Allemagne s'entendissent pour adopter la législation d'un des plus grands, et que ces derniers, à l'occasion de la révision actuelle ou prochaine de leurs Codes particuliers, s'efforçassent de maintenir et d'affermir le plus possible les éléments favorables, en faisant disparaître les éléments hétérogènes et contraires à l'unité.

VII.

Il en est autrement en ce qui touche l'instruction criminelle. L'heure d'un Code général n'est pas encore sonnée. La principale cause de cette différence est que tous les États n'ont pas pu parvenir à admettre l'institution d'un jury statuant sur la question de culpabilité. On ne peut même espérer voir bientôt tomber cet obstacle, car on a eu le tort de mêler à la discussion de cette question purement juridique des considérations politiques, soit en faveur, soit contre l'adoption du jury [1]; de même que dans les États où cette institution fonctionne, on a tenu compte de ces mêmes considérations pour restreindre sa compétence, modifier sa composition et son mode de voter.

C'est à tort qu'on objecte contre ce projet d'un *Code unique d'instruction criminelle* que, jusqu'à présent, certains gouvernements se sont toujours refusés à toute espèce de réforme concernant la procédure pénale, puisque ces gouvernements ne pourront se soustraire à l'impétueux courant de l'opinion publique, qui réclame ardemment des améliorations.

On oppose également à tort que les changements qu'on a fait subir dans certains territoires à l'instruction criminelle ont été faits sans ensemble, tantôt dans le sens du Code français,

[1] Il ne faut pas oublier que l'auteur écrivait vers la fin de l'année dernière.

Depuis cette époque, grâce aux réformes introduites en Autriche par M. de Schmerling, la question de Code pénal et d'instruction criminelle généraux a fait un pas important. Il est en effet probable que parmi les innovations, que le *Reichsrath* sera appelé à discuter, se trouvera la révision du Code pénal et du Code d'instruction criminelle autrichiens.

En ce qui concerne ce dernier, on est en droit d'espérer que l'institution du jury sera adoptée. Par là aura disparu le principal obstacle qui s'opposait à la création d'un Code unique d'instruction criminelle.

(*Note du traduct.*)

tantôt dans celui des lois anglaises. Cette absence d'harmonie n'affecte en rien les principes fondamentaux, car ces innovations ne touchent qu'à des points tout à fait secondaires.

Il importe peu, en effet, que le jury n'ait pas partout la même composition ou la même compétence; que dans certains États il ne soit saisi, à l'exemple de l'Angleterre, qu'en cas de désaveu de l'accusé [1]; que dans d'autres, comme en France, il statue dans toutes les circonstances; que dans quelques-uns, encore à l'imitation du jury anglais, lorsqu'il ne veut pas rendre un *verdict général*, c'est-à-dire embrassant la question de fait et de droit, il puisse d'office restreindre sa décision à la question de fait, laissant au juge à qualifier l'infraction; c'est ce qu'on appelle le *verdict spécial*. Il importe peu, enfin, que le résumé du président embrasse à la fois le fait et le droit ou ne porte que sur le point de fait.

VIII.

Quoique le danger imminent qui menace d'amener le démembrement du droit général ne puisse être autrement conjuré par la science, qui en subit elle-même les atteintes, celle-ci cependant peut le rendre moins sensible en travaillant à *préparer les moyens* d'établir une législation pénale unique. Telle doit être en ce moment sa préoccupation la plus constante.

Quel que soit l'objet de leurs travaux, qu'ils soient relatifs au droit général ou au droit particulier, les auteurs de cette époque doivent ne pas perdre de vue la mission qui leur incombe. S'ils étudient le droit *général*, il faut qu'ils s'efforcent de bien faire ressortir quelles sont, au milieu du nombre infini et de la variété des statuts territoriaux, les institutions communes et vraiment nationales. S'ils traitent du droit *particulier*, ils de-

[1] En Angleterre la première question posée à l'accusé est celle-ci : « *Do you plead guilty or not guilty?* »

Si l'accusé s'avoue coupable (*guilty*), le jury se retire; il est jugé par le magistrat seul.

S'il nie qu'il soit coupable (*not guilty*), le jury est appelé à décider cette question de culpabilité.

C'est pour obtenir une réponse à cette interrogation que l'instruction criminelle anglaise, qui de temps immémorial a cependant rejeté tout moyen de contrainte imposée à l'accusé, employait les modes les plus cruels de torture. (*Note du traduct.*)

vront, après l'avoir examiné dans son existence propre, le présenter comme un rameau du droit général allemand.

Loin de nous la pensée de contester l'importance des études sur l'ancien droit commun; nous sommes seulement d'avis que ce droit n'a plus aujourd'hui de valeur que comme source dogmatique et historique.

La science ne doit pas, pour accomplir sa tâche, se borner à des travaux de doctrine; elle voudra y joindre des recherches sur les temps passés.

Trois grands corps de droit forment le vaste champ qui s'offre encore a ses méditations : le droit *romain*, le droit *canonique* et le droit *germanique*, dont on retrouve les traces dans chacune des branches du droit pénal.

La science aura dans le *droit romain* les premiers éléments de chaque question; elle les suivra dans le développement qu'ils subissent en *droit canonique*, et elle atteindra ainsi les monuments les plus reculés du *droit germanique* : les *leges barbarorum* et les *formulæ*. Dans ces législations barbares elle devra observer avec soin les nombreuses nuances qui existent entre les lois des diverses peuplades, nuances qui résultent souvent de ce que les lois ont été promulguées, soit par les rois, soit par les peuples eux-mêmes. Elle arrivera de la sorte aux *Capitulaires* des rois.

Puis recueillant les rares documents juridiques épars dans les *déclarations*[1] et les *jugements* des *Scabini* (*Weisthümer nd Schoeffensprüche*), elle parviendra aux *Livres de droit* (*die Rechtsbücher*), le *Sachsenspiegel*, le *Schwabenspiegel*, etc...

Parcourant alors la voie très-compliquée des différentes séries des droits municipaux et provinciaux du nord et du sud de l'Allemagne, elle atteindra l'époque de la *Bambergensis* et de la *Caroline*. Partout dans sa marche elle devra observer l'invasion du droit romain, ses victoires et ses défaites dans le droit municipal et la jurisprudence des tribunaux; et comme les lois de Rome se sont introduites sur le sol germanique sous les formes et avec les modifications que leur avaient données les jurisconsultes italiens du XIe au XVIe siècle, l'histoire des

[1] Avant de juger l'affaire qui leur était soumise, les scabins *déclaraient* d'après quels principes ils allaient rendre leur décision; il n'y avait pas encore de lois positives. Ces *déclarations* (*Weisthümer*) ont été réunies et forment divers recueils. (*Note du traduct.*)

Doctrines romaines en Italie devient d'un puissant intérêt.

Après la *Caroline*, l'histoire de la pratique et de *la Doctrine en Allemagne* acquiert une importance toute particulière, parce qu'elles sont, sauf quelques lois territoriales isolées, les seuls organes du développement et de la conservation du droit commun.

Enfin, par l'examen des codifications nouvelles et par l'étude de la jurisprudence et des ouvrages dogmatiques qui en sont la conséquence, la science achèvera sa pérégrination historique. Partout elle devra noter les principes initiateurs, partout séparer les lois positives des résultats arbitraires du pouvoir et des tribunaux, partout écarter l'accidentel du nécessaire.

A côté de l'analogie des faits extérieurs de l'histoire du droit, elle recherchera les idées *mères* et les sentiments *nationaux* qui ont donné naissance aux lois positives de chaque époque.

Des travaux historiques conçus suivant la méthode que nous venons d'esquisser peuvent seuls permettre l'exécution d'une pensée grandiose jusqu'à ce jour irréalisée : *l'Histoire générale du droit péual et de la procédure criminelle en Allemagne.*

Quand les recherches monographiques auront ainsi traité chaque matière, à partir de sa source dans le droit romain jusqu'à son embouchure dans les nouvelles codifications pénales, peut-être pourra-t-on enfin mener à bien cette vaste entreprise dont désespéra le zèle infatigable de Wilda [1].

La réalisation de cette grande œuvre sera, sous tous les rapports, l'honneur de la science allemande ! CH. LEVITA.

[1] Wilda, après avoir écrit le premier volume de son *Histoire du droit germanique*, qui comprend tout le temps écoulé jusqu'aux Capitulaires, s'est arrêté. Nul autre pourtant n'était plus capable que lui, par la connaissance profonde qu'il avait des temps passés, d'accomplir ce noble dessein. Malheureusement l'heure d'une histoire générale du droit allemand n'a pas encore sonné ! (*Note du traduct.*)

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence.

SOCIÉTÉ. — MINES. — FORME COMMERCIALE. — ACTES DE COMMERCE.

Par M. DE NEYREMAND, conseiller à la Cour impériale de Colmar.

Une société, civile de sa nature, devient-elle commerciale par cela seul qu'elle s'établit sous la forme de l'une des trois sociétés reconnues par l'article 19 *du Code de commerce?*

Mais si, dans son acte constitutif et par son mode de publicité, elle avait manifesté clairement la volonté de se constituer en société commerciale, pourrait-on lui méconnaître ce caractère? Serait-elle admissible en tout cas à le répudier?

Quid, particulièrement, *lorsqu'une société ainsi organisée, ainsi annoncée, a pour objet l'exploitation d'une mine?*

« Convenances vainquent loi. »
LOYSEL, *Inst. cout.*, Rég. 356.

« L'exploitation des mines, a dit avec raison M. Delangle [1], se lie étroitement à la prospérité publique. » De là l'intérêt qui s'attache à toutes les questions touchant à ce genre d'industrie. Celles que nous nous proposons d'examiner se recommandent de plus par cette considération importante que leur solution, dans un sens ou dans un autre, entraîne les modifications les plus graves dans la position des parties contractantes. Cette position en effet varie essentiellement suivant que la société est civile ou commerciale. Est-elle civile, nulle différence, vis-à-vis des tiers, entre l'engagement des associés administrateurs et celui des associés passifs : ils sont tenus chacun pour une part égale, lors même que le contraire aurait été stipulé dans l'acte de société (C. Nap., art. 1862, 1863), et aucune mesure extrême ne peut être prise contre eux. La société est-elle commerciale, au contraire, les gérants sont soumis à la contrainte par corps (loi du 20 avril 1832, art. 1er), à la faillite (C. com., art. 437); ils sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales si la société est en nom collectif ou en comman-

[1] *Des sociétés commerciales*, t. Ier, n° 34.

dite (C. com., art. 22, 23), tandis que les commanditaires et les actionnaires des sociétés anonymes ne sont obligés que jusqu'à concurrence de leurs mises (art. 26, 32).

Ces différences profondes dans les engagements qu'entraînent les sociétés suivant leur nature commerciale ou civile, ont donné lieu à de vifs débats entre les auteurs, à de fréquentes contestations devant les tribunaux; mais ni les auteurs ni les arrêts ne sont d'accord sur les principes qui doivent servir à résoudre la difficulté.

MM. Em. Vincens[1] et Dageville[2] pensent qu'une société civile de sa nature perd toujours ce caractère pour se transformer en société de commerce lorsque, par sa constitution en société anonyme ou en commandite par actions, elle affecte une forme dont les éléments ou les conséquences leur paraissent inconciliables avec la manière d'être des sociétés civiles.

La Cour de cassation et plusieurs Cours impériales ont consacré ce système[3]. Ces arrêts posent en principe que des sociétés de cette nature, alors surtout que les actions sont au porteur, ne peuvent être, quel qu'en soit l'objet, que des sociétés commerciales.

MM. Malepeyre et Jourdain[4], ainsi que M. Nouguier[5], vont plus loin : ils estiment qu'une société civile prend le caractère commercial dès qu'elle est établie et se produit sous l'une des formes, n'importe laquelle, des trois sociétés de commerce reconnues par l'article 19 du Code de commerce, lors même par conséquent qu'elle ne serait qu'en nom collectif ou en commandite simple. Il n'est pas de loi, disent-ils, qui interdise de faire d'un objet civil une société de commerce pour mieux en assurer le succès. Le commerce est libre; il est accessible à tous, aux sociétés comme aux individus. Un non-commerçant fait un acte de commerce par cela seul qu'il souscrit une lettre de change pour un simple emprunt : la forme de l'acte en détermine la nature. Donc, adopter la forme d'une société

[1] *Législ. comm.*, t. Ier, p. 350 et suiv.

[2] *Code de comm. expliqué*, t. Ier, p. 82.

[3] Cass., 30 avril 1828 (S. 28, 1, 418); Bordeaux, 22 juin 1833 (S., 33, 2, 547); Dijon, 26 avril 1841 (S., 41, 2, 481); Paris, 19 août 1840 (P., 1841, 2, 589); Colmar, 26 avril 1861 (*Recueil des arrêts de cette Cour*, t. LVII, p. 129).

[4] *Soc. com.*, p. 8.

[5] *Comp. des trib. de com.*, t. II, p. 213, n° 6.

commerciale, c'est se faire commerçant en cette partie; c'est vouer son temps et ses facultés à une série d'opérations commerciales, nécessairement engendrées par la qualité qu'on a arborée. A ceux qui, dans leur intérêt, commercialisent ainsi leur association, il n'est plus permis de répudier une position volontairement prise, de reculer devant les engagements qui en dérivent. Ces engagements ne sont-ils pas d'ailleurs radicalement incompatibles avec les principes qui régissent les sociétés civiles?

MM. Bellot des Minières [1], Duvergier [2], Orillard [3], Bécane [4], Molinier [5] et Rivière [6] enseignent au contraire qu'une société ne peut jamais perdre son caractère par la forme ou le nom que les parties lui ont donné. La forme d'une société commerciale adoptée par les parties, disent-ils, ne peut imprimer le caractère commercial à une opération qui n'est pas commerciale par elle-même : on n'est commerçant que lorsqu'on fait le commerce : vainement prendrait-on la qualification de commerçant si l'on n'y joint pas la fonction. C'est donc le but auquel tend la société, sa nature même et non le titre dont elle s'est affublée, qu'il faut uniquemment considérer. Si elle est vraiment commerciale, c'est-à-dire si elle a pour but de faire le commerce, elle reste telle, quelle que soit la forme empruntée pour la déguiser. Par contre, si elle est civile par l'objet auquel elle s'applique, elle demeurera telle nonobstant le mode adopté pour sa mise en action ; elle restera sous l'empire du droit civil.

Telle est aussi l'opinion de M. Troplong [7]. Il admet toutefois certaines concessions comme un sacrifice nécessaire à l'empire des faits ; nous en parlerons tout à l'heure dans l'exposé de notre opinion personnelle.

M. Delangle enfin [8] établit une distinction entre les sociétés civiles par essence et celles qui ne le sont pas ou dont l'objet

[1] *De l'arbitrage*, t. Ier, n° 213.
[2] *Cout. de soc.*, n° 485.
[3] *Comp. des trib. de com.*, n° 531.
[4] *Soc. de com.*, p. 16.
[5] *Trait. de dr. com.*, t. Ier, n° 244.
[6] *Répét. sur le Code de com.*, p. 49.
[7] *Soc.*, t. Ier, nos 143, 326, 327 et 328.
[8] *Soc. com.*, t. Ier, nos 34, 35 et 36.

est d'ailleurs susceptible de se prêter à des opérations de commerce. Il admet aussi que ces dernières sociétés deviennent commerciales lorsqu'elles se sont établies sous l'une des trois formes reconnues par l'article 19 du Code de commerce, alors surtout qu'elles ont joint au fait l'expression de la volonté; mais il pense qu'il n'en saurait être de même pour celles qui, par leur objet et leur but, résistent à la spéculation ou à la mobilité commerciale. Cette distinction il la motive ainsi : Quand une société a pour objet des choses qui résistent par leur essence à une spéculation commerciale de quelque forme qu'on l'entoure, il est nécessairement impossible qu'elle puisse se travestir en société de commerce, tandis que, s'il s'agit de choses qui, bien que civiles par leur essence, peuvent cependant se prêter à une spéculation commerciale, la société qui revêt la forme commerciale pour faire cette spéculation est alors une société de commerce non-seulement par sa seule forme, mais aussi par le fond : *par sa forme*, puisqu'elle en a tout l'appareil et que les conditions imposées pour la validité des conventions de cette nature ont été remplies; *par le fond*, puisque l'objet de ses spéculations rentre dans les prévisions des articles 632 et 633 du Code de commerce. Dans ce cas, il ne peut pas se faire..... que les actionnaires, qui n'ont entendu s'engager que jusqu'à concurrence d'une certaine somme et qui l'ont versée dans la caisse sociale, soient exposés à supporter les conséquences d'une gestion que la constitution même de la société ne leur permet pas de supporter; que les gérants (par contre) puissent, en déposant leur qualité comme on dépose un masque, échapper à la nécessité de payer les dettes *aut in ære aut in cute.* »

Parmi ces systèmes, tous appuyés de bonnes raisons, quel est celui qui doit prévaloir? ou plutôt aucun d'eux n'est-il acceptable d'une manière absolue? Ne faut-il pas, dans ce conflit d'opinions, chercher une solution intermédiaire, une sorte de compromis basé sur le fait plus que sur le droit, et la règle qui doit ici servir de guide ne serait-elle pas dans ce principe élémentaire que, pour interpréter ou caractériser les conventions, on doit avant tout rechercher l'intention des parties?

Nous croyons que c'est à l'aide de ce principe, combiné avec les règles du droit civil et commercial en matière de société et d'actes commerciaux et la loi spéciale du 10 avril 1810 sur les mines, que le problème peut être résolu.

En d'autres termes et pour formuler nettement notre opinion, nous croyons 1° qu'une société civile de sa nature, et spécialement celle qui a pour objet l'exploitation d'une mine, ne devient pas commerciale par cela seul qu'elle revêt la forme commerciale, à moins qu'elle ne comprenne des opérations ou une industrie auxiliaire, d'une certaine importance, réputées actes de commerce, et qui ne soient pas des dépendances ou des nécessités de l'industrie principale; 2° qu'il faut déroger au principe général, qui veut que l'on caractérise d'après le fond et non d'après la forme, lorsque les parties ont manifesté clairement soit d'une manière expresse dans l'acte constitutif, soit virtuellement par un ensemble de faits qui ne permet aucun doute, que leur volonté, éclairée et réfléchie, a été de contracter une société commerciale avec tous les avantages et toutes les responsabilités qui y sont attachés, à moins qu'il ne s'agisse d'une association qui n'a pas le lucre pour objet, comme les sociétés d'assurances mutuelles, ou dont la matière ne soit pas marchande, comme les spéculations sur l'achat et la vente des immeubles, la nature même de la chose mise en société dans ces deux cas résistant d'une manière absolue à leur commercialisation.

I.

C'est un principe certain, incontestable, suivant nous, que le caractère d'une société doit se déterminer par son objet et non par sa forme : ici surtout s'applique la règle *plus valet quod actum quàm quod scriptum*. Quelle que soit la forme adoptée, la société ne devient pas commerciale si elle n'a pas pour objet de faire un bénéfice réputé commercial. Ce principe ressort clairement des articles 16 et suivants du Code de commerce, combinés avec l'article 632 du même Code, et l'erreur de ceux qui le contestent ne provient que d'une lecture inattentive de ces textes.

Ces dispositions, en effet, ne se bornent pas à dire que les sociétés seront commerciales lorsqu'elles seront établies dans certaines formes; elles ajoutent qu'il faut encore qu'elles aient pour objet *de faire le commerce*, c'est-à-dire de se livrer à des opérations qualifiées actes de commerce par l'article 632 du Code de Commerce. L'article 20 le dit expressément. Ainsi,

pour qu'une société soit vraiment réputée commerciale, il ne faut pas seulement qu'elle en ait l'appareil ou l'extérieur, il faut qu'elle le soit réellement par le caractère de ses actes ; ici l'habit ne fait pas la personne.

Il importe donc peu, en principe général, qu'une société civile s'assimile une des formes de la société commerciale ; par cet emprunt seul, elle ne devient pas commerciale. Le domaine de certains usages particuliers aux intérêts commerciaux n'est pas interdit aux intérêts civils ; la fraternité ne leur est pas défendue. Les sociétés civiles peuvent s'approprier quelques avantages des sociétés commerciales, se soumettre à quelques-uns de leurs inconvénients, sans abdiquer pour cela leur nationalité ; nous ne connaissons pas de loi qui interdise ces excursions en terre étrangère, mais non hostile. « La société civile, dit très-bien M. Troplong, n'est pas emprisonnée dans telle ou telle organisation sacramentelle. Des statuts particuliers peuvent former la constitution de tous les pactes qui ne sont pas illicites, et rien n'empêche d'importer dans la société civile quelques-unes des formes ou des obligations qui distinguent plus particulièrement les sociétés commerciales ; de tels emprunts ne changent pas la nature des choses. »

Ainsi, par exemple, une société formée pour l'exploitation d'une mine trouve avantageux de prendre un nom qui la signale au public, une signature sociale qui facilite et simplifie ses actes, de rendre ses gérants solidairement responsables, de diviser son capital en actions, c'est-à-dire de recourir à des formes qui se rencontrent dans les sociétés en nom collectif ou en commandite : perdra-t-elle pour cela le caractère civil que lui attribue la loi? Non assurément; car l'emploi seul de ces formes, qui ne sont pas un monopole commercial, ne suffirait pas, on l'a vu, pour commercialiser la société.

Persistera-t-on néanmoins à soutenir que le régime des sociétés commerciales est incompatible avec celui des sociétés civiles ; qu'elles ne sauraient frayer ensemble et que l'une exclut nécessairement l'autre?

Achevons de ruiner cette objection en la serrant de plus près.

Et d'abord, en quoi la société en nom collectif serait-elle inconciliable avec une société civile? serait-ce parce qu'elle établit la solidarité entre tous ses membres, tandis que les associés civils ne sont tenus que pour leur part virile.

Mais l'article 1862 du Code Napoléon, qui établit ces différences, n'est point exclusif ni prohibitif; il ne dit pas qu'il ne sera pas permis de les modifier et d'étendre la responsabilité; il s'en réfère tacitement aux articles 1202 et suivants du même Code qui, en matière de solidarité, laissent toute latitude aux conventions des parties.

Mais la raison sociale, dont l'emploi engage tous les associés en nom collectif, voilà une pratique exclusivement commerciale!

Notre même article 1862 répond à l'objection. Sa disposition finale porte que « l'un des associés ne peut obliger les autres si ceux-ci ne lui en ont pas conféré le pouvoir. » Il suit de là que cet article prévoit la stipulation par laquelle des associés civils donnent à l'un d'eux le mandat de les obliger tous. Or lorsque ces associés établissent leur société civile sous la forme d'une association en nom collectif, et adoptent une raison sociale pour désigner au public la personne en qui s'individualise la société, ils ne font pas autre chose que de conférer à celui ou à ceux à qui ils donnent le droit de traiter sous ce nom social le mandat de les obliger collectivement.

En résumé, la liberté des contrats est indéfinie; elle ne connaît d'autres limites que celles assignées par la morale ou par la loi. La morale, elle n'est pas ici en cause, et, quant à la loi, il n'en existe aucune, que nous sachions, qui défende à une société civile de prendre la forme collective; le droit civil autorise même un mode d'engagement qui n'a de commercial que la formule.

Mais la société anonyme! association de capitaux, tandis que la société civile est une association de personnes? Comment concilier des caractères si opposés?

Nous répondrons d'abord en général que la réunion des capitaux est si peu une institution exclusivement commerciale que les sociétés d'assurances mutuelles, bien qu'organisées en sociétés anonymes, ne sont, malgré leur forme commerciale, tout le monde le reconnaît, que des sociétés civiles. Pour les mines, la loi du 10 avril 1810 fournit de plus une réponse spéciale et péremptoire. D'après les articles 8 et 13 de cette loi, les mines peuvent être exploitées par des sociétés par actions, ce qui n'empêche pas l'article 32 de la même loi de déclarer que ce mode d'exploitation ne constitue pas un commerce.

Reste la société en commandite..... Mais cette société n'est qu'une fusion des deux autres sociétés, une combinaison de leurs éléments respectifs; or s'il est vrai, comme nous croyons l'avoir démontré, que l'organisation de ces dernières sociétés peut s'approprier aux sociétés civiles sans les dénaturer, il sera vrai également que la société en commandite, pour être complexe, n'a rien qui répugne à cette alliance.

Maintenons donc que le seul emploi par une société civile d'une forme commerciale ne lui fait pas perdre son caractère naturel.

Mais qu'arriverait-il si cettte société se livrait à des actes de commerce? — Il faut distinguer.

S'agirait-il d'actes indispensables à l'exercice de l'industrie et qui s'y rattacheraient par les liens les plus étroits? Nous ne verrions là que des procédés accessoires, n'altérant en rien l'essence de la société. Ainsi la société, pour les besoins de son service, émettra ou endossera des effets de commerce; elle ne sera pas pour cela réputée commerçante. Ainsi encore, si l'exploitation de son industrie exige l'achat d'une quantité considérable de combustible, cette nécessité n'aura rien de commercial. Supposons un propriétaire qui, trouvant dans son domaine une terre propre à la fabrication de la tuile ou de la brique, est obligé d'acheter les bois ou la houille nécessaires pour le chauffage, il n'en restera pas moins un propriétaire exploitant son fonds, parce que ces achats touchent à une industrie rurale et que les qualités de ce fonds ne peuvent être utilisées que de cette façon. Cela est si vrai que, sous l'ancien régime et dans ces conditions, ce genre d'industrie n'emportait pas dérogeance à noblesse; ainsi l'avait décidé un arrêt de la Cour des aides de Paris du 27 mai 1717, rapporté dans le dictionnaire de Brillon au mot *Noblesse*.

Mais si une société civile se livrait à des actes de commerce sans lien avec son objet civil, « à des spéculations auxiliaires, fortement empreintes, comme dit M. Troplong, du caractère commercial; » si, par exemple, comme dans une espèce soumise à la Cour de Colmar le 28 avril 1861, elle embrassait tout à la fois l'exploitation d'une saline et un établissement de produits chimiques, ou si encore, comme dans une autre affaire jugée par la même Cour tout récemment [1], une manufacture

[1] Arrêt du 4 juin 1862, rapporté dans notre *Recueil des arrêts de la Cour de Colmar*, t. LVIII, p. 132.

de papiers de calfatage s'était accolée à l'exploitation d'une mine de houille et d'asphalte, alors sans contredit l'importance de pareilles entreprises déteindrait sur la société et lui imprimerait leur couleur.

Nous croyons même que si, sans franchir le cercle de sa concession, une société de mines en manipulait, en métamorphosait les produits au lieu de les vendre dans leur état naturel simplement épuré ; si, par exemple, le concessionnaire d'une mine de fer convertissait le minerai en instruments d'agriculture, si celui d'une mine de houille ou d'asphalte livrait ces matières au commerce sous forme d'huile ou de goudron, comme faisait l'une des compagnies plaidant devant la Cour de Colmar, il y aurait loin de là à ces transformations industrielles, à l'exploitation agricole élémentaire de premier degré dont parle l'article 638 du Code de commerce, et nous n'hésiterions pas à y voir une entreprise de manufacture dans le sens de l'article 632 du même Code. Cette société, en effet, ne se bornerait plus alors à l'industrie déclarée civile par la loi de 1810, *à l'exploitation de la mine* et à la vente du *produit naturel* de ses fouilles, mais à une industrie nouvelle s'exerçant sur la *mine extraite*, transformée en *produits artificiels*, c'est-à-dire à un travail de manufacture. Ce n'est plus aux *fabricants* qu'elle livrerait, comme le suppose la loi de 1810, mais aux *commerçants* : cette interversion la constituerait elle-même commerçante.

Notre manière de voir à cet égard est partagée par M. Massé [1], par M. Dalloz [2] et par Carré [3]. Ce dernier généralisant la question, se demande si le propriétaire d'une manufacture, dont le travail ne s'exercerait que sur les matières premières provenant de sa propriété, ferait une entreprise commerciale dans le sens de la loi; il répond « que l'affirmation résulte des termes généraux de la loi qui n'admettent aucune distinction entre le manufacturier qui ne fait que travailler sur des produits de sa propriété seulement et celui qui fait travailler sur des matières qu'il a achetées. » Puis, prévoyant l'objection tirée de l'article 638 du Code de commerce, il ajoute : « Peut-on assimiler

[1] *Droit com.*, t. III, n° 433.

[2] *Rép.*, v° *Actes de com.*, n°s 161 et 162.

[3] *Lois de l'organis. et de la comp.*, t. II, n° 501, éd. in-4°. D'après M. Orillard, n° 304, « tout dépend de l'importance de l'établissement. »

le propriétaire qui ne fait que vendre les denrées de son cru à celui qui a un établissement de manufacture et qui fabrique des marchandises? Le premier livre au consommateur les récoltes qu'il a faites sur sa terre, et s'il fabrique du vin, de l'huile, du cidre, etc., c'est qu'autrement il ne pourrait tirer parti de ses raisins, de ses olives, de ses pommes; ses travaux appartiennent particulièrement à l'industrie agricole. L'autre, au contraire, possède un établissement plus ou moins considérable; il dénature ses produits pour en faire des *marchandises* qu'il destine au commerce; ses travaux appartiennent particulièrement à l'industrie commerciale. »

Une seule Cour impériale, celle de Douai, s'était écartée de ces principes en jugeant, le 22 juillet 1820 [1], « que celui qui, pour tirer meilleur parti du fruit de ses terres, les convertit en une autre marchandise, et, par exemple, les emploie à la fabrication du sucre indigène, ne fait pas acte de commerce, cette fabrication n'étant qu'un accessoire de son exploitation rurale. » Mais, par un arrêt du 3 avril 1841 [2], cette même Cour est revenue à la doctrine que nous croyons vraie, en décidant que « le propriétaire, qui exploite une distillerie établie sur son fonds est réputé commerçant à raison de cette exploitation, si la distillerie est l'objet principal de son industrie et non un accessoire de sa propriété; qu'on ne peut assimiler, dans ce cas, ce distillateur à un propriétaire qui se borne à manipuler les produits de son fonds. »

Supposons enfin qu'une société ne se soit pas bornée à couvrir d'un vêtement commercial sa personnalité civile; que, dans la vue d'agrandir et de féconder son entreprise, elle ait abdiqué cette personnalité et se soit posée ouvertement en face du public comme une société commerciale, pourrait-on, dans ce cas, lui méconnaître un caractère qu'elle se serait ainsi, dans son intérêt, volontairement attribué? Et, de son côté, cette société, après avoir arboré ce drapeau au jour des espérances, pourrait-elle le déchirer à l'heure des déceptions et des revers?

Nous arrivons ici à notre seconde proposition.

[1], [2] Le texte de ces deux arrêts se trouve dans le *Rép.* de MM. Dalloz, v° *Actes de com.*, p. 422, note 3, et p. 423, note 1.

II.

La question est celle-ci : Quand une société foncièrement civile, en adoptant la forme commerciale, déclare en outre dans ses statuts qu'elle entend fonctionner commercialement et qu'elle manifeste son existence et ses intentions, ainsi caractérisées par elle-même, en observant toutes les formalités prescrites par le Code de commerce pour la publicité des sociétés commerciales, quand, de plus, prévoyant des contestations sociales, elle se soumet à l'arbitrage forcé sous l'empire de l'ancien article 51 du Code de commerce, cette société, en dépit de toutes ces manifestations, n'en restera-elle pas moins une société civile? Est-ce là un caractère indélébile dont rien ne saurait la dépouiller?

Nous ne saurions l'admettre d'une manière absolue.

Et d'abord il nous paraît peu moral, peu conforme à la loyauté commerciale et à la sûreté des transactions, qu'une société, après avoir joui de toutes les facilités du commerce, de tous les avantages du crédit, après avoir exploité, en un mot, sa position commerciale, puisse venir dire effrontément : Cette position n'était qu'un mensonge, un masque trompeur pour attirer la confiance; ce masque, je le jette aujourd'hui. J'ai pris un déguisement qui ne m'était pas permis; je rentre dans la légalité!

Il faudrait un intérêt d'ordre public bien évident pour autoriser un pareil langage, et nous n'entrevoyons ici que l'intérêt privé.

Pour ne parler que des mines, qu'est-ce qu'a voulu la loi de 1810 en déclarant que les sociétés ayant leur extraction pour objet, seraient purement civiles, même avec certains procédés commerciaux? Elle a voulu créer un privilége en leur faveur, et pourquoi? Pour attirer les hauts dignitaires, les capitalistes civils, espèce d'aristocratie orgueilleuse ou craintive que les mots de *patente* et de *marchande* eussent révoltée, que les responsabilités et les rigueurs commerciales eussent effrayée? Or il est de principe élémentaire que chacun, les sociétés comme les individus, peut renoncer à un privilége créé en sa faveur. C'est dans l'intérêt des sociétés de mines que leur industrie, considérée comme commerciale jusqu'alors, a été déclarée

civile. Si donc ce même intérêt, mieux compris, leur conseille de commercialiser leur société, si la prévoyance de l'homme se trouve mieux inspirée dans un cas donné que celle du législateur qui est générale, où est donc la loi qui les empêchera d'écouter la voix de l'intérêt?

Mais cette loi, dira-t-on sans doute, elle existe : on la trouve d'abord dans l'article 20 du Code de commerce, d'après lequel une société commerciale n'a réellement ce caractère que lorsqu'elle fait le commerce; on la trouve encore dans l'article 2063 du Code Napoléon, qui défend à tout français de se soumettre à la contrainte par corps pour des actes qui n'entraînent pas cette mesure extraordinaire d'exécution.

Nous ne nous dissimulons pas la force de cette observation; nous croyons pourtant que notre système peut y échapper à un certain point de vue, et cela à l'aide de l'ingénieuse distinction enseignée par M. Delangle. (V. *suprà*.)

Qu'une société qui ne s'est pas établie dans un but de spéculation ou dont la spéculation porterait sur des choses en dehors du domaine commercial, ne puisse jamais, sous quelque forme qu'elle s'annonce, devenir commerciale, on le conçoit et nous l'admettons : ici le but de la société, son essence, s'opposent à la commercialité, et, sous ce rapport, il faut en convenir, l'objection a raison.

Mais lorsque, comme dans les sociétés de mines, le bénéfice est le mobile du contrat, et que la matière exploitable n'est pas immobilière de sa nature, lorsqu'elle constitue une chose fongible susceptible d'être travaillée et transmise manuellement, lorsque l'entreprise dont elle est l'objet n'est immobilisée que par la loi, nous ne voyons pas pourquoi et en vertu de quel obstacle les parties ne pourraient pas, dans leur intérêt bien entendu, se transformer en commerçants afin de donner à leur industrie l'élan et le crédit propres à en assurer le succès? Ce sont là des tendances qu'en bonne économie politique il faut encourager et non enrayer.

Nous disons qu'extraire des matériaux enfouis dans le sein de la terre et les mettre en état d'être livrés aux fabricants ou commerçants, c'est travailler sur des choses mobilières de leur nature. Si la mine, en effet, est immeuble avant *son extraction*, elle est meuble après; elle a en tous cas cette qualité au moment de la vente. La loi de 1810 le reconnaît : « Sont *meubles*,

dit son article 9, trop négligé par les auteurs, *les matières extraites.* » Ne l'avait-elle pas déjà fait entendre en autorisant les concessionnaires, par son article 8, à convertir la mine en actions régies par l'article 529 du Code Napoléon, c'est-à-dire à la mobiliser, privilége refusé aux possesseurs de propriétés agricoles?

Donc la société formée pour l'exploitation de pareilles matières n'est pas une société civile par son essence; sa nature, au contraire, se prête au commerce : dès lors la transformation commerciale ne viole pas les lois qui ne reconnaissent comme négociants que ceux qui font le négoce.

Mais que devient avec cette distiction le respect dû à la bonne foi des tiers que nous invoquions tout à l'heure? ne serait-il pas sacrifié dans un cas? et cette conséquence fâcheuse n'est-elle pas la condamnation de tout le système?

Nous ne croyons pas être en contradiction avec nous-mêmes en concédant l'inaltérabilité de certaines sociétés, car, à nos yeux, l'intérêt des tiers qui ont traité avec ces sociétés, sur la foi de garanties impossibles, ne doit pas être pris en considération; il doit être écarté par la règle *volenti non fit injuria.*

Sans vouloir invoquer la maxime trompeuse que nul n'est censé ignorer la loi, nous croyons pouvoir affirmer qu'il n'est pas de négociant qui ne sache, d'une part, que, sans esprit de lucre, il n'y a pas de commerce; d'autre part, que les immeubles ne sont pas des marchandises, et que les spéculations dont leur transmission peut être l'objet ne rentrent pas dans ce qu'on appelle communément des opérations de commerce; ce sont là des vérités devenues triviales dans le monde des affaires. Si donc un commerçant traite avec une société civile qui n'a de commercial que la forme, avec une société, par exemple, qui se serait établie pour doter une ville d'un théâtre ou d'une promenade, ou pour acheter et revendre des immeubles, il sait très-bien qu'une pareille société ne peut être que civile, et il ne sera pas écouté en venant se plaindre qu'il est privé de certaines garanties exceptionnelles sur lesquelles il ne devait pas compter, et si, dans un chimérique espoir, il a négligé les garanties ordinaires, il ne pourra s'en prendre qu'à sa propre imprudence. Mais il en serait tout autrement s'il avait fait des affaires avec une société dont l'objet, naturellement mobilier, n'a été immobilisé que par une loi spéciale qu'il lui est bien

permis d'ignorer, et dont les parties, d'ailleurs, peuvent répudier le bénéfice. En voyant cette société s'appliquer à des choses propres aux combinaisons commerciales, à *des marchandises*, ce commerçant a dû croire à la commercialité; il a ouvert sa caisse dans cette conviction; le frustrer, en ce cas, de garanties sur lesquelles il était en droit de compter, ce serait sanctionner, à son préjudice, un véritable abus de confiance.

Ainsi donc la loyauté commerciale, l'intérêt du commerce, les principes généraux du droit, tout se réunit pour faire décider qu'une société civile, non par son essence, mais par une fiction de la loi, peut, par l'effet d'une volonté énergiquement manifestée, se transformer et fonctionner en société commerciale; que dans tous les cas, après avoir battu monnaie avec cette qualité, elle serait non recevable à la répudier en justice. Quand une société civile, en empruntant la forme commerciale, n'a pas d'arrière-pensée et veut éviter toute équivoque, elle a soin de dire, dans l'acte social, qu'elle entend conserver son caractère. Nous avons sous les yeux un spécimen de ces sortes de manifestations; ce sont les statuts de la société des mines d'Auchy-aux-Bois, dont le capital social était fixé à deux millions de francs, divisé en quatre mille actions nominatives, mais susceptibles d'être converties en actions au porteur; c'était là une véritable société anonyme en la forme; mais on déclare loyalement qu'au fond « la société est civile et particulière. »

La solution, à laquelle nous ont amené le raisonnement et les convenances commerciales, trouve encore un point d'appui dans de graves autorités, dans des documents de jurisprudence.

Après avoir posé en principe « qu'une société pour l'exploitation d'une mine est civile, quelles que soient sa forme et sa constitution, » M. Troplong (n° 830) concède d'abord « qu'elle peut cesser d'être telle alors qu'elle sort de son objet et qu'elle se complique d'opérations commerciales qui absorbent le caractère primitif de la société. » Puis, entraîné par la force de certaines circonstances, il fait une seconde concession, et c'est là qu'il entre dans notre thèse en prenant les sociétés de mines pour exemple : « Si les concessionnaires, dit-il, se réunissant en société, déclarent, par une manifestation expresse de volonté, que leur société est une société commerciale et non une société civile, cette volonté est légale; elle doit sortir à

effet. On ne serait pas reçu à venir soutenir après coup que la société n'a pu être dépouillée de son caractère..... Je soutiens que les concessionnaires sont maîtres de renoncer au bénéfice de la loi de 1810. Pour augmenter leurs moyens d'exploitation et de crédit, ils ont pu se constituer commerçants et s'assujettir à toutes les obligations d'une profession ouverte à tout le monde. Avant la loi de 1810, l'exploitation des mines était considérée en général comme un commerce; on voyait en elle une industrie dans le but de se livrer à la consommation des produits marchands. Depuis, le législateur, voulant diriger vers cette industrie les capitaux civils et lui associer des personnes que leur position et leurs idées éloignent du commerce, en a fait une industrie purement civile. Mais il ne résulte pas de cette innovation que les parties, mues par un plus grand intérêt, ne puissent se placer sur un terrain moins privilégié et assumer la grave responsabilité qui s'attache à la qualité de commerçant..... Elles peuvent abdiquer, dans leur intérêt, le privilége que la loi n'avait créé que dans leur intérêt..... Le tout est de ne pas leur prêter légèrement une volonté qui ne se présume pas. Là-dessus on consultera les circonstances; on n'admettra que des faits graves, précis, concordants : les stipulations de l'acte de société, leur application à imposer aux associés certaines obligations particulières dans les associations commerciales, la publication et l'enregistrement dans les tribunaux de commerce, la soumission à l'arbitrage imposé par le Code de commerce, les opérations diverses qui se lient à l'exploitation et qui revêtent un caractère commercial, tout cela sera pris en considération et pourra conduire logiquement à faire admettre une renonciation au privilége de la loi de 1810 (n° 331). »

MM. Dallon[1] tiennent le même langage.

On connaît le système de M. Delangle. S'il enseigne qu'une société civile par son essence, comme celle qui aurait pour objet des spéculations sur des immeubles, ne peut, quelque pavillon qu'elle arbore, dégénérer en société commerciale, il n'hésite pas à reconnaître que des sociétés civiles ayant pour objet des choses naturellement mobilières, comme les mines extraites, peuvent devenir commerciales lorsque telle est la

[1] Rép., v° Actes de com., n° 231.

volonté des parties ; il signale surtout les graves inconvénients qu'entraînerait une révocation *in extremis*. « On ne fait pas violence, dit-il, à la nature des choses. Ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation a décidé qu'une société contractée pour acheter et revendre des immeubles ne pouvait être qu'une société civile, le but que les associés se proposent ne pouvant conférer à l'objet de la spéculation un caractère commercial. Mais si la spéculation a pour cause des choses mobilières, fongibles, susceptibles de transmission manuelle et dont l'aliénation ne réclame pas l'application du droit civil, pourquoi les parties contractantes ne pourraient-elles pas former une société commerciale et chercher dans le mode d'exploitation qui lui est propre, dans son unité, dans sa marche vive de nouvelles chances de succès?..... Quand il s'agit d'une mine, la nature même de l'objet n'est pas incompatible avec la société commerciale; loin de là, elle s'y accommode parfaitement..... Il n'y a plus à protéger le concessionnaire contre un danger qu'il accepte, lorsque, renonçant à la condition que lui faisait la loi du 21 avril 1810, *il déclare expressément qu'il entend faire le commerce*. En la forme, la société est commerciale; au fond, l'objet de ses spéculations est essentiellement commercial, c'est-à-dire mobilier, d'une transmission facile et ne réclamant point l'application du droit civil..... Il ne peut pas se faire que le public, qui a vu se former régulièrement un être collectif, qui l'a vu se personnifier dans ses gérants, contracter sous un nom social et ne spéculer que sur des choses qui s'approprient aux combinaisons commerciales, soit trompé dans ses espérances et, par une transformation inattendue, privé des garanties attachées à la forme de la société..... Quand une société s'organise pour l'exploitation d'une usine, on crée des actions : c'est le moyen d'attirer les petits capitaux et de réaliser des profits. Mais quand la somme réservée pour l'exploitation est épuisée et que le gérant se trouve en face des créanciers, en butte à leurs réclamations, menacé dans sa fortune, dans sa liberté, alors seulement il se souvient de la loi qu'il aurait violée; il n'y songeait pas en battant monnaie; il s'y réfugie, il s'y attache avec énergie pour alléger ses engagements. Le sentiment de la légalité renaît chez lui avec celui du danger. N'est-ce pas, en un mot, l'histoire de tous les procès qui se sont engagés? Or y a-t-il quelque chose de si favorable dans la résis-

tance de ces gérants de commandite qu'il faille les soutenir? Quand la matière même des spéculations résiste à la société commerciale, le devoir du magistrat est sans doute de négliger la forme pour s'attacher au fond. Il faut avant tout respecter les lois, et le négociant ne peut être écouté quand il réclame les effets de stipulations légalement impossibles. ..... Il est considéré comme complice de l'erreur dont il se plaint. Mais quand le fond et la forme sont en harmonie, pourquoi faire aux parties intéressées une autre condition que celle qu'elles ont choisie? »

Ces considérations, si vivement exposées, ont aussi inspiré les arrêts que nous allons rapidement passer en revue.

L'un des plus remarquables est celui rendu par la Cour de Dijon, le 26 avril 1841 (S., 41, 2, 381); il décide nettement que « les concessionnaires de mines, pas plus que les propriétaires de fonds ruraux, ne peuvent se soustraire à l'empire du droit commercial, quand, pour augmenter leurs moyens d'exploitation, ils ont, par des actes publics, manifesté clairement la volonté de se constituer commerçants; qu'en voulant obtenir le crédit que cette qualité peut procurer, ils se sont nécessairement soumis à toutes les garanties qui en dérivent. »

La Cour de Paris a jugé dans le même sens, le 19 août 1840 (S., 41, 2, 404). Une société en commandite s'était formée pour une exploitation de mines de houille concédées à un sieur de Villeneuve. Un article des statuts portait que le gérant, chargé du régime intérieur et extérieur, dirigerait toutes les parties commerciales de l'entreprise. De plus, un rapport, fait au conseil de surveillance par le conseil du contentieux, se terminait ainsi : « *Une société commerciale*, qui s'annonce avec tant de loyauté, obtiendra sans doute l'approbation qu'elle sollicite. » — Assigné devant la justice consulaire, le gérant de cette société, qui avait ainsi proclamé sa commercialité, osa venir soutenir qu'il n'était pas justiciable de cette juridiction; « mais sa prétention, dit M. Troplong, devait échouer et elle échoua. » (T. I, p. 313.)

La Cour de Colmar a été saisie deux fois, à un assez court intervalle, des questions que nous étudions. Nous avons déjà dit un mot des faits; nous ajouterons quelques détails pour faire apprécier les solutions.

Dans la première affaire, il s'agissait des salines de Gouhe-

nans, exploitées par une société en commandite par actions au porteur dont le concessionnaire, M. Alfred de Grimaldi, avait été constitué le gérant, société rendue publique conformément à l'article 42 du Code de commerce. La Cour décida qu'une pareille société, bien qu'elle eût pour objet une matière déclarée immeuble par la loi, devait néanmoins être réputée commerciale, et cela par le motif que, « si, aux termes de l'article 32 de la loi de 1810 sur les mines et de celle de 1840 sur les salines, l'exploitation de pareilles propriétés n'est pas considérée comme un acte de commerce, ce principe n'est plus applicable lorsque les concessionnaires de mines ou de salines, cessant de les exploiter par eux-mêmes ou avec le concours de quelques personnes nommément désignées et constituées avec eux en société civile, se déterminent à se dépouiller eux-mêmes de cette concession et des droits qui en résultent pour en faire leur apport dans une société qu'ils constituent par actions au porteur; qu'en ce cas, s'assurant les avantages résultant du crédit et des ressources commerciales, ils doivent subir les conséquences de cette position par eux adoptée, et qu'ils cessent alors d'être de simples propriétaires pour devenir de véritables négociants. »

L'autre affaire se rapproche beaucoup plus de l'hypothèse dans laquelle nous avons raisonné.

La question principale était celle de savoir si une société formée pour l'exploitation, sur une grande échelle, des mines de houille et d'asphalte de Lobsann (Bas-Rhin), devait être considérée comme une société commerciale. Cette question s'était soulevée à l'occasion d'une exception d'incompétence. La société avait adopté la forme collective pour ses gérants, celle en commandite pour ses actionnaires nominatifs. Non-seulement les statuts, mais leurs modifications successives, avaient été rendues publiques conformément au prescrit de la loi; on avait aussi reconnu la nécessité de se soumettre à l'arbitrage forcé en cas de contestations. Mais ce qu'il y avait de plus fort, c'est que la société elle-même, en ses statuts, se qualifiait de commerciale; dans l'article constituant le pouvoir des gérants, elle disait qu'ils étaient chargés « de la partie industrielle et commerciale. » Cette société en un mot, après s'être ainsi posée, avait constamment fonctionné comme une personnalité commerciale. Il était difficile, dès lors, de ne pas lui reconnaître un

caractère qu'elle s'était aussi formellement attribué. La Cour n'avait plus qu'à sanctionner en quelque sorte une proclamation de commercialité, suivie d'une exécution conforme; elle le fit par son arrêt du 4 juin 1862, qui, sur ce point, est ainsi motivé: « Considérant que la société Latil (qui déclinait la compétence du tribunal de commerce) s'est, en toutes circonstances, gérée elle-même comme une société commerciale; que c'est ainsi que pour les actes qui la créaient, comme pour ceux qui apportaient quelque modification à son existence, elle s'est conformée aux dispositions des articles 42 et suivants du Code de commerce; que ses statuts indiquent les associés gérants comme formant entre eux une société collective, dans laquelle ils seront tenus solidairement, en conformité de l'article 22 du Code de commerce; qu'ils chargent ces mêmes gérants de diriger toute la partie industrielle et commerciale de l'entreprise; qu'enfin, pour le cas de contestations, les statuts renvoient devant des arbitres désignés par le président du tribunal de commerce, par application des articles 51 et suivants du Code de commerce; — qu'il est donc vrai de dire que, par son acte constitutif, soit surtout par les opérations auxquelles elle se livre, la société Latil et Cie est essentiellement commerciale. »

Pour l'intelligence des derniers mots de cet arrêt, nous devons dire, en historien exact, que, dans cette affaire ainsi que dans l'autre, il y avait des éléments de fait qui auraient suffi, à eux seuls, pour imprimer aux deux sociétés le caractère commercial.

En résumé :

1° On n'est commerçant que lorsqu'on se livre au commerce, c'est-à-dire lorsqu'on fait habituellement des actes qualifiés commerciaux par l'article 632 du Code de commerce.

2° Cette règle est applicable aux sociétés de commerce qui ne deviennent réellement commerciales que lorsqu'elles ont le commerce pour objet; leur forme seule ne suffit pas à leur imprimer ce caractère.

3° Il suit de là qu'une société, civile par sa nature, ne devient pas commerciale par cela seul qu'elle s'établit sous l'une des formes reconnues par l'article 19 du Code de commerce, à moins qu'elle ne s'occupe en même temps, et habituellement, de spéculations commerciales étrangères à l'objet de sa constitution.

4° Mais ce principe n'est pas tellement rigoureux et absolu qu'il ne puisse y être dérogé dans l'intérêt des parties, et alors que la chose mise en société est susceptible de devenir un objet de commerce; il en serait autrement si cette chose, par sa nature, résistait aux combinaisons commerciales.

5° Cette dérogation, on doit l'admettre lorsque les parties ont manifesté, d'une manière indubitable, la volonté de se constituer en société de commerce et d'en assumer toutes les conséquences, lorsqu'elles se sont annoncées au public comme commerçants et ont constamment agi comme tels.

6° Une société de mines, par exemple, dont l'industrie est naturellement mobilière, peut renoncer au privilége qui l'a immobilisée, en se constituant, dans son intérêt, en société commerciale; c'est là une faculté accordée à tous les privilégiés, et qu'on ne saurait paralyser lorsque son exercice, effet d'une volonté réfléchie et éclairée, ne blesse aucun principe d'ordre public.

7° En tout cas, l'intérêt et la bonne foi des tiers qui ont traité avec cette société, en vue des garanties attachées à sa personnalité juridique, ne lui permettraient pas de la répudier après l'avoir exploitée.

8° Il est rare, d'ailleurs, qu'une société de mines ne fasse pas subir aux produits naturels des transformations industrielles qui en font une entreprise de manufacture dans le sens de l'article 632 du Code de commerce.

9° La loi, sans doute, doit être observée, et c'est le devoir du magistrat de veiller à son exécution; mais lorsqu'elle ne touche qu'à des intérêts privés, la saine intelligence de ces intérêts, surtout en matière commerciale, peut la faire fléchir dans certains cas : *provisio hominis facit cessare provisionem legis*, vieille maxime que nos pères ont traduite par la règle : *convenances vainquent loi.* DE NEYREMAND.

DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

Par M. Dollinger, juge suppléant au tribunal de première instance de Mulhouse.

(*Suite*[1].)

CHAPITRE IV.

De la procédure de la séparation.

104. Les règles en cette matière ne sont pas tout à fait les mêmes lorsque la succession est acceptée purement et simplement, que lorsque l'héritier a usé du bénéfice d'inventaire, lorsqu'il a été déclaré en état de faillite ou lorsqu'il ne se présente pas du tout, c'est-à-dire en cas de vacance d'hérédité. Nous expliquerons dans les §§ 2 et suivants les dérogations que ces diverses positions apportent aux principes développés à propos de l'acceptation pure et simple.

Disons encore que ce que l'on écrit ici des créanciers d'une succession est en tous points applicable à ceux dont le patrimoine affecté à la sûreté de la créance a été transmis en vertu d'autres modes d'acquérir à titre universel, ainsi qu'il a été dit au chapitre Ier, § 1er (nos 57 et suiv.).

§ 1. — *Du cas où la succession est pure et simple.*

105. Si nous ouvrons le *Répertoire* de Merlin, voici ce que nous y lisons, au mot *Séparation des patrimoines*[2] : « Observons que l'article 2111 n'accorde la faculté, comme il n'impose le devoir de s'inscrire sur les immeubles du défunt, « qu'aux créanciers qui demandent la séparation des patrimoines. Il est donc dans son intention que l'inscription ne « puisse avoir lieu ou produire son effet que dans le cas où elle « est soit accompagnée, soit précédée d'une demande en séparation. Si l'on pouvait élever là-dessus quelques doutes, ils « seraient bientôt résolus par un fait dont le procès-verbal du « Conseil d'État nous offre la preuve : c'est que les mots *qui*

[1] V. t. XIII, p. 140; XIX, p. 31 et 499, et le présent tome, p. 10.
[2] *Vo citat.*, § 3, no VI.

« *demandent la séparation des patrimoines du défunt, conformé-* « *ment à l'article* 878 ne se trouvaient pas dans le projet de « l'article 2111 tel qu'il avait été préparé par la section de « législation ; c'est qu'ils y ont été ajoutés d'après un amende- « ment proposé dans le sein du Conseil d'État même. Or cet « amendement, quel pouvait en être le but? Bien évidemment « il ne pouvait en avoir d'autre que de limiter aux créanciers « qui demanderaient la séparation du patrimoine du défunt, la « faculté de s'inscrire sur les immeubles de la succession, à « l'effet de conserver le privilége de cette séparation ; il ne « pouvait pas en avoir d'autre que d'exclure de cette faculté « ceux qui, dans les six mois de l'ouverture de la succession, « n'auraient pas formé leur demande en séparation du patri- « moine du défunt..... »

Il s'en faut que cette doctrine soit adoptée telle quelle par tous les auteurs ; mais la plupart ne s'en écartent que sur des points de détail : discutant, les uns, si la *demande* doit être formée dans le délai de six mois ; les autres, si elle doit ou non précéder l'inscription requise par l'article 2111 ; d'autres encore, si elle doit être accompagnée d'un jugement prononçant la séparation, comme ailleurs il se rencontre des jugements déclaratifs d'absence, de faillite, etc. [1]. Aucun n'a donné de nouveaux arguments pour soutenir le point capital de la question : la nécessité même de cette demande ; pensant peut-être que le texte des articles 878 et suivants suffisait à lui seul pour légitimer cette pratique, et empêcher toute contradiction. Nous verrons plus loin ce qu'il faut en penser. Et cependant les motifs par lesquels Merlin prétend établir que la demande en séparation doit être formée dans les six mois, terme fatal de la prise d'inscription, sont des plus fragiles ; aussi, à l'exception de MM. Grenier et Chabot [2], aucun autre auteur ne l'a-t-il suivi dans cette voie jusqu'au bout.

L'autorité de la délibération au sein du Conseil d'État a peu de valeur, selon nous ; car l'intercalation dont parle Merlin a eu lieu sans aucune discussion : du moins les procès-verbaux

[1] Pour ces diverses opinions, consultez : Poujol, sur les articles 878 et suiv., n° 13 ; Vazeille, sur l'article 878, n° 18 ; Aubry et Rau, § 619, texte et notes 11 et 12 ; Troplong, *Hypoth.*, I, 325 ; Dufresne, n° 35, etc.

[2] Grenier, *Donations*, n° 312 ; Chabot, sur l'article 880, n° 9.

n'en présentent-ils aucune trace; et il est permis d'en inférer qu'il ne s'agissait là que de corriger une imperfection de rédaction, afin de mieux marquer la relation de l'article 2111 avec les articles du titre *Des successions*, dont il semblait bouleverser l'économie; les expressions finales *conformément à l'article* 878 sont là pour nous l'attester, et de fait, sans cette addition, l'article fût resté obscur et presque inintelligible, depuis qu'il avait subi la mutilation que nous avons relevée dans la première partie de ce travail (n° 44 *bis*).

D'ailleurs qui ne voit l'injustice de cette déchéance si courte pour les immeubles, dont l'identité est cependant facile à constater à toute époque, alors que les meubles, plus difficiles à retrouver et à reconnaître après un certain laps de temps, seraient soumis à une prescription de trois ans? Le législateur, en permettant de rechercher les immeubles aussi longtemps qu'ils se trouvent dans la main de l'héritier, n'aurait pas, sans autre avertissement, renversé, par un article isolé, tout le système qu'il avait édifié auparavant et auquel il avait encore soin de se référer.

Disons donc que cet argument, indigne du grand jurisconsulte qui l'a produit, ne doit pas faire pencher la balance en faveur de son système. C'est, du reste, ce que la majorité des auteurs ont compris, comme nous l'avons dit, et aujourd'hui on ne discute plus sérieusement cette question.

106. Mais il nous faudra aller plus loin encore que ces auteurs et repousser toute demande en séparation, n'importe à quelle phase du procès elle viendrait se placer; il faut la repousser, disons-nous, comme inutile, frustratoire et impossible. L'histoire et la raison suffiront pour le démontrer.

L'histoire; en effet, nous rappellerons d'abord que la pratique du Droit romain ne peut pas nous être opposée; certes, sous un régime collectif tel que celui qu'elle avait inauguré, une demande et un décret de séparation étaient de toute nécessité, comme ils le sont encore chez nous, dans les régimes de communauté de biens qui lui ont emprunté ce caractère, notamment dans la faillite; mais alors c'était contre l'héritier lui-même et non contre ses créanciers que l'action devait être dirigée. L'ancien droit français, plus disposé à adopter les mots que les choses, avait conservé l'expression de *demande*, quoique depuis longtemps les lettres royaux ne fussent plus en usage

pour la séparation. Déjà Lebrun, Argou et Basnage constataient que cette séparation ne se demandait plus de leur temps, et il en fut ainsi jusqu'à la confection du Code. Mais, dira-t-on, la rédaction de ses dispositions où se retrouve le terme de *demande* peut laisser du doute à cet égard ; car si les rédacteurs voulaient proscrire une action en séparation, pourquoi ont-ils dit : *créanciers qui demandent la séparation,* plutôt que : *créanciers qui veulent user de la séparation,* par exemple, ou toute autre expression équipollente? — Pourquoi? Eh! mon Dieu, c'est par suite de ce respect irréfléchi qu'ils professaient pour les anciens auteurs, dans les principes desquels ils avaient été nourris, et pour les termes en usage dans la pratique d'alors où ils avaient été façonnés dès leurs débuts dans la carrière juridique. Le mot n'a donc aucune valeur, pas plus qu'il n'en avait du temps des Lebrun et des Basnage, puisqu'il avait été formellement déclaré que toutes ces dispositions légales ne devaient être que la reproduction des idées de l'ancienne jurisprudence, comme nous l'avons déjà fait observer (n° 44 *ter*). Qu'on interroge ensuite le Code de procédure, et l'on n'y trouvera aucune disposition consacrée à réglementer la marche de cette procédure imaginaire de la séparation ; au contraire, on y verra, tracée avec soin, toute celle qui concerne le bénéfice d'inventaire : pourquoi l'une et non pas l'autre?.....

En second lieu, *la raison* nous montre encore plus l'impossibilité d'une demande en séparation. Contre qui, en effet, le créancier dirigera-t-il son action? Contre l'héritier, comme le voudraient M. Dufresne[1], la Cour de Nancy[2] et la Cour de Paris[3]? Mais la loi le déclare implicitement et ces Cours l'avouent elles-mêmes, l'héritier reste toujours obligé envers les créanciers du défunt dont il va être séparé, de même qu'il n'est pas dessaisi de l'administration de ses biens, comme à Rome, comme dans nos faillites; dès lors cet héritier n'a nul intérêt à défendre à une demande qui ne change pas sa position, et qui, par suite, sera purement frustratoire. — Contre les créanciers de l'héritier? dira-t-on en s'étayant des termes équivoques de

[1] *Op. cit.*, n° 35.

[2] Nancy, 14 février 1833 (S., 1835, II, 304).

[3] Paris, 31 juillet 1852 (S., 1852, II, 604), et 15 novembre 1856 (S., 1857, II, 8). — V., n° 46, une autre question décidée encore par le premier de ces deux arrêts.

l'article 878. Mais on ne les connaît pas, ou l'on n'en connaît qu'un petit nombre; par conséquent le créancier ne pourra jouir de son droit dans toute sa plénitude, faute de trouver tous ses adversaires, à moins qu'on ne veuille ressusciter à ce propos cette vieille théorie du *légitime contradicteur*, écrite nulle part, et qui permettrait au jugement obtenu contre l'un des créanciers de valoir à l'égard de tous les autres coïntéressés [1], ce que nous ne prêterons pas gratuitement à nos adversaires. Il est vrai que l'action est imprescriptible quant aux immeubles, du moins en ce sens qu'elle dure aussi longtemps que l'action principale, et le créancier peut toujours, par des actes interruptifs de prescription, prolonger la jouissance de ses droits; mais elle ne l'est pas pour les meubles, et ce serait encore une grave question de savoir si le créancier pourrait se faire relever de cette déchéance, en invoquant simplement la maxime *contra agere non valentem non currit præscriptio*, surtout si sa créance est pure et simple.

Si donc il faut reconnaître, avec plusieurs de nos adversaires, que le jugement de séparation n'a d'effet qu'entre les parties, il en résultera que, lorsqu'il sera impossible d'appeler en cause tous les créanciers de l'héritier (et ce cas sera le plus fréquent), cette marche devra être recommencée au fur et à mesure qu'on arrivera à en découvrir de nouveaux et contre chacun de ces derniers. Le créancier ainsi attaqué se gardera bien de contredire un droit incontestable et s'en rapportera à prudence, en

[1] Cette théorie, une des conceptions juridiques les plus creuses que nous aient léguées les écoles de la Renaissance, a surtout été prônée, à propos des questions d'état, par Brunnemann (*Ad leg.* 25, D., *De st. hom.*), Vinnius (*Part. jur. civ.*, liv. IV, ch. 47), d'Argentré (*Avis sur les partages des nobles*, quest. XXIX, n° 1), Doneau (*Comm. jur. civ.*, liv. XII, ch. 5, 24), Tiraqueau (*Tract. res inter alios lim.*, n° 18) et plusieurs autres; elle est encore suivie aujourd'hui par la plupart des interprètes modernes du Droit romain (Savigny, *Traité de Dr. rom.*, § 301, II, A; Brackenhœft, *Die Identitæt und materielle Connexitæt der Rechtsverhæltnisse*, § 20; Vangerow, *Pandekt.*, § 173, rem. VI, 7), etc. Chez nous, Toullier (*Dr. civ.*, t. X, n°s 219 et s.) a cherché à remettre en honneur cette même théorie; il a été secondé par Proudhon (*De la patern. et de la fil.*, sect. IV), Rauter (*Proc. civ.*, § 147) et un petit nombre d'autres jurisconsultes. Mais cette innovation ne semble pas devoir faire fortune, et la Cour de cassation, appelée à se prononcer dans une espèce de ce genre, a manifestement repoussé la doctrine du légitime contradicteur. (Cass., 9 mai 1821; S., 6, I, 428.)

protestant contre les frais énormes d'une procédure qu'il n'a pas provoquée, et que la loi ne lui donnait aucun moyen d'éviter; de son côté, le créancier du défunt ne voudra pas supporter les frais que la négligence ou la mauvaise foi du débiteur l'a obligé à faire pour le recouvrement de sa créance; et comme, en définitive, il faut bien que quelqu'un paye, ce sera la succession, c'est-à-dire presque toujours le créancier lui-même, dernière personne qui eût dû en souffrir. Que de dépenses et de lenteurs, pour arriver à un résultat aussi inique!

Mais enfin supposons que le jugement ait pu être rendu envers et contre tous; à quoi servira-t-il? à annoncer aux créanciers de l'héritier que le créancier du défunt entend jouir du bénéfice de séparation? Et que devient alors l'utilité de l'inscription sur les immeubles, si l'on est arrivé par d'autres voies à une publicité tout aussi générale et plus directe? Nous savons bien et concédons volontiers à M. Poujol[1] que l'inscription étant un mode inapplicable aux meubles, pour ceux-ci du moins le jugement de séparation aura toute l'utilité possible. Mais il faut aussi songer que la plupart du temps cette publicité sera inutile dans ce cas, et parfaitement acquise au moyen des mesures préliminaires que devra prendre le créancier pour arriver à se faire payer, comme celles qui précèdent la saisie; que d'ailleurs en matière d'acceptation bénéficiaire, c'est-à-dire là où il importait encore bien davantage d'arriver à porter à la connaissance des tiers la position particulière qu'a prise l'héritier, le législateur n'a pas exigé concurremment deux formalités propres à procurer la publicité : une déclaration au greffe lui a paru suffisante *à cet effet;* a-t-on le droit de se montrer plus prévoyant ou plus scrupuleux que lui?

On le voit donc, de tous côtés on ne rencontre qu'impossibilités ou absurdités; et l'on doit se refuser à croire que nos rédacteurs aient jamais songé à organiser une procédure sans précédents dans notre droit, et sans même insérer dans les Codes aucune disposition qui pût témoigner, de loin ou de près, de leur volonté à cet égard. L'expression *demande en séparation*, qui est restée dans les textes, est donc tout à fait impropre et doit être effacée de notre vocabulaire juridique, comme nous

[1] *Op. cit.*, n° 13.

l'avons, au surplus, fait remarquer déjà dans notre première partie (n° 30).

106 *bis*. Ce n'est pas qu'il ne faille, dans certaines circonstances, *faire une demande en séparation*: s'il s'agissait, par exemple, d'exclure, quand il se présente, un créancier de l'héritier qui prétendrait concourir avec un créancier du défunt sur une valeur de la succession, et qui invoquerait, je suppose, quelque cause de déchéance contre l'exercice du droit de séparation. Il faudra bien, en cas de persistance de sa part, recourir à une demande judiciaire en séparation; absolument comme il faudrait une demande pour se faire reconnaître la qualité d'héritier qui vous est déniée, et que vous tenez aussi de la loi : parce que personne ne peut être juge en sa propre cause, ni se faire justice à soi-même.

Mais la demande que formera en ce cas le créancier n'aura pas pour but de faire prononcer une séparation que la loi elle-même prononce sur le vœu de ce créancier, mais de maintenir et de valider cette séparation préexistante, en écartant les fins de non-recevoir que l'on aurait pu lui opposer; elle aboutira donc, en dernière analyse, à une *demande à fins de préférence*, et pas à autre chose. Aussi, dans la pratique, se présentera-t-elle toujours sous une forme incidente; et, à vrai dire, la séparation elle-même n'est le plus souvent qu'une exception, parce que le créancier ne connaîtra en général son adversaire que lorsque celui-ci se présentera pour lui disputer la préférence ou pour invoquer le concours.

106 *ter*. M. Dufresne, après avoir reconnu ce dernier point [1], paraît pourtant ensuite y introduire une dérogation, lorsqu'il écrit : « Il est cependant un cas où une demande directe et « principale formée contre l'héritier est nécessaire : c'est lors- « qu'il s'agit du mobilier, et que la créance n'est exigible qu'a- « près un terme qui ne doit expirer, ou est soumise à une con- « dition qui ne doit s'accomplir qu'après les trois années « pendant lesquelles la demande est seulement recevable. Mais « la loi n'indique pas la marche qui devra être suivie en ce cas « par le créancier. Je pense qu'il doit se faire autoriser par une « ordonnance du président du tribunal à saisir-revendiquer ce « mobilier, en annonçant dans la requête qu'il lui présentera,

[1] N° 58; V. aussi n° 75.

« l'intention où il est d'en demander la séparation, et en se « conformant aux dispositions des articles 826 et suivants du « Code de procédure..... — Cette saisie pourra être pratiquée et « cette demande formée au nom de tous les créanciers et léga- « taires collectivement..... »

Ce qui a été dit plus haut suffira pour faire sentir les erreurs qui sont accumulées dans ce peu de lignes. Et d'abord la marche à suivre que M. Dufresne se trace ici, montre bien que la séparation ne s'exercerait pas par demande principale, puisqu'elle ne serait qu'un accessoire de la saisie qu'il conseille; il en résulte que la dérogation annoncée ici au principe en vertu duquel la séparation ne se propose que par voie d'exception, n'en serait, à vrai dire, plus une.

Ce n'est pas tout : en ce qui concerne le mode d'exécution, M. Dufresne nous semble être tombé dans une erreur des plus graves; car comment admettre avec lui qu'un créancier conditionnel puisse jamais saisir-exécuter, saisir-arrêter ou même saisir-revendiquer? Cela nous paraît bien difficile, et les autorités les plus imposantes en procédure nous enseignent toutes le contraire. D'abord pour la saisie-exécution, cela est à peu près évident, lorsqu'on lit dans l'article 551 du Code de procédure qu'il faut à cet effet que la créance soit échue et exigible, Quant à la saisie-arrêt, M. Sirey, il est vrai, dans une consultation insérée à son *Recueil* [1], a essayé de démontrer que la voie était praticable; mais il a été énergiquement combattu par M. Carré [2], qui fait très-judicieusement observer que, si l'article 551 précité ne mentionne pas cette saisie (ce qui est encore contestable, attendu que le terme *saisie* est générique et s'applique aussi bien à la saisie-arrêt qu'à la saisie-exécution), ce n'est pas à dire pour cela qu'on serait en droit d'inférer de ce silence équivoque une dérogation au principe de l'article 1186 du Code Napoléon, qui ne permet pas qu'on puisse demander avant le terme (et *à fortiori* avant la condition); et c'est exiger le payement que de saisir-arrêter, parce qu'on ne pourrait équitablement empêcher un tiers de s'acquitter envers le débiteur, pour servir de sûreté à une créance qui n'est pas échue. Et la saisie-revendication proposée particulièrement par

[1] *Recueil des lois et arrêts*, 1817, II, 83.
[2] *Lois de la proc. civ*, sur les articles 557 et 558 du Code de proc.

M. Dufresne serait encore bien moins permise; car, en exigeant une demande en validité de saisie, l'article 831 du Code de procédure montre assez clairement qu'elle ne s'applique qu'aux meubles déjà sortis du patrimoine du défunt et détenus par des tiers, auquel cas le droit de séparation est éteint pour les meubles comme pour les immeubles (n° 857)[1].

Enfin est-il besoin de faire remarquer qu'en voulant pratiquer la saisie et introduire la demande en séparation collectivement au nom de tous les créanciers, M. Dufresne a méconnu le principe essentiel de cette séparation, telle que nous l'avons reçue des traditions de l'ancienne jurisprudence?

107. Puisque nous privons complétement les créanciers de la ressource d'un jugement de séparation, nous devons enseigner maintenant comment, dans notre pensée et avec les moyens ordinaires qui s'offrent à lui, il pourra sauvegarder ses intérêts et se mettre à même plus tard d'opposer la séparation, quand il s'agira de réclamer le payement de sa créance. Mais nous devons avant tout insister sur une idée déjà indiquée en passant au n° 105, et qui tend surtout à écarter cette objection qu'on pourrait peut-être opposer à notre manière de voir : à savoir que le jugement de séparation, inutile à côté de l'inscription requise pour exercer la séparation sur les immeubles, ne le serait pas pour les meubles, à l'égard desquels aucune inscription n'est requise. Il ne faut pas croire, en effet, que le créancier reste privé de tout moyen conservatoire de ses droits, en présence d'une succession purement ou presque exclusivement mobilière; car la séparation, qui n'a en somme d'autre résultat que d'empêcher le concours du créancier particulier de l'héritier avec celui du défunt, sur le produit des biens vendus, n'est jamais tardivement présentée, lorsqu'elle vient se placer après une expropriation, mais avant la distribution du prix d'adjudication, lors même qu'elle ne le serait qu'en cause d'appel[2].

Ainsi, aussi longtemps que le créancier ne peut procéder à cette vente, il n'aura aucun intérêt à user de la séparation;

[1] Consultez encore sur ces questions : Pigeau, *Proc. civ.*, sur l'article 831, et Colmet-Daâge, *Leçons sur le Code de proc.*, n° 494.

[2] Cass., 17 octobre 1809 (S., *Collect. nouv.*, 3, 1, 113) et 8 novembre 1815 (S., *Collect. nouv.*, 5, 1, 107).

quoique pour beaucoup d'auteurs, qui s'abusent ici singulièrement sur l'importance et l'efficacité de ce droit, elle aurait tantôt les effets d'une saisie, en immobilisant les valeurs dans les mains de l'héritier ou même des autres créanciers, tantôt celle d'un inventaire, en empêchant la confusion des valeurs susceptibles de s'altérer ou de se mélanger facilement avec les biens du détenteur. C'est ainsi que M. Duranton [1] enseigne que la notification faite au débiteur, de la séparation, équivaut à une saisie : autant vaudrait dire qu'elle empêche l'héritier d'aliéner (n° 114).

Pour nous, elle n'est rien de tout cela, et a besoin du secours de tous ces actes, inventaire, saisie, notifications, etc., pour éviter les conséquences préjudiciables auxquelles ils sont destinés en général à parer. Mais elle n'a pas besoin de jugement déclaratif, parce qu'ainsi que nous croyons l'avoir démontré, une semblable décision judiciaire n'ajouterait rien à l'ensemble des effets qu'on veut obtenir par cette mesure.

D'après cela, le créancier pur et simple pourra attendre, s'il le juge à propos, qu'un créancier de l'héritier attaque le mobilier, pour venir ensuite, lui, interposer la séparation; ou, s'il craint de perdre le droit de l'opposer par l'accomplissement de la prescription, le créancier de l'héritier tardant à se présenter, il pourra prendre l'initiative, saisir et faire vendre les meubles corporels, saisir-arrêter les créances, et, en un mot, procéder à toutes les voies d'exécution auxquelles son titre lui donne droit, sauf à opposer plus tard la séparation aux créanciers personnels de l'héritier, qui voudraient intervenir dans la distribution.

Que si la créance est conditionnelle ou à terme, il n'aura, nous le reconnaissons, aucun de ces moyens ; mais alors aussi la prescription ne courra pas contre lui [2]; seule la confusion pourra lui porter préjudice, si l'héritier est insolvable; mais c'est une chance à laquelle est exposée toute autre créance qui n'est pas pure et simple.

108. On comprend également qu'il est d'un très-grand intérêt pour le créancier d'éviter que l'héritier ne puisse se dessaisir des valeurs de la succession, ou du moins en toucher le

[1] VII, 485.
[2] Code Nap., art. 2257.

prix, s'il les a déjà aliénés. Aussi fera-t-il bien de requérir aussitôt après le décès du débiteur l'apposition des scellés[1] et la confection d'un inventaire; et, si la créance est exigible, de saisir et faire vendre les valeurs ainsi préservées, à condition toutefois que l'héritier ait pris qualité, c'est-à-dire qu'il ait fait acte d'acceptation ou de renonciation, et seulement à l'expiration du délai accordé à cet effet, s'il l'invoque. Il ne faut pas, en effet, que le créancier se comporte sur ces biens comme s'ils étaient à jamais détachés du patrimoine de l'héritier saisi; l'événement de l'acceptation pouvant les y faire tomber, il sera toujours temps à ce moment d'invoquer la séparation, de même qu'il n'y a pour le créancier aucun intérêt à l'invoquer plus tôt, parce qu'il n'y a jusque-là aucun concours étranger à redouter.

Mais il ne faudrait pas croire, avec MM. Chabot et Duranton[2], que l'inventaire ainsi confectionné suffira pour empêcher la confusion du mobilier de la succession avec celui de l'héritier, en ce sens que ce dernier serait tenu de restituer à la masse la valeur des objets qui ne se retrouvent plus en nature. Sans doute l'inventaire aura cette conséquence de donner la consistance, la nature et l'état descriptif du mobilier, et de fournir par lui-même les moyens de le retrouver parmi les biens de l'héritier; mais là s'arrêtent ses effets, et il ne saurait jamais constituer l'héritier débiteur du prix, comme le mari du prix des biens dotaux, dans l'hypothèse prévue par l'article 1551 du Code Napoléon. Si, dans certains cas, nous avons reconnu au prix cet effet représentatif de la chose, c'est qu'il n'était point encore entré dans le patrimoine de l'héritier; mais dans la situation présente, où le mobilier inventorié s'est tellement confondu avec celui de l'héritier qu'il n'est plus possible de le distinguer, on dénaturerait le droit de séparation, on anéantirait les effets de la saisine héréditaire, si l'on convertissait le contenu de l'inventaire en une créance du montant de l'estimation de ce mobilier. C'est en vain que M. Duranton s'appuiera sur le § 12 de la loi 1 de notre titre, qui dit en effet que la confusion ne peut porter préjudice aux créanciers du défunt; car elle ajoute aussi : *nisi ità conjunctæ possessiones sint et permixtæ pro-*

[1] Code de proc., art. 909.
[2] Chabot, sur l'article 880, n° 4; Duranton, VII, 484.

priis, ut impossibilem separationem effecerint. L'arrêt de cassation du 8 novembre 1815 [1], qu'il nous oppose, ne dit pas autre chose.

109. Si le mobilier de la succession et celui de l'héritier ont été compris dans une même saisie pratiquée sur ce dernier, il faudra, avant la vente, faire distinguer le mobilier suivant l'article 608 du Code de procédure; et les créanciers pourront alors opposer facilement leur droit de séparation, en ayant soin de le faire autant que possible avant cette vente; s'ils ne le font qu'après, le droit de séparation ne sera pas pour cela perdu pour eux, si le prix est encore dû; et la seule circonstance d'une vente simultanée des biens de l'héritier et de ceux du défunt n'opérera pas confusion, lorsque la distinction de ce prix peut encore avoir lieu par suite de la description ou de l'estimation des objets vendus, dont le détail aurait été consigné dans un inventaire ou tout autre acte probant.

110. Nous ne terminerons pas ce qui concerne la procédure de la séparation mobilière, sans faire remarquer qu'elle ne sape pas plus le principe de l'individualité que celle en matière d'immeubles : la séparation peut être opposée par un seul créancier sur une partie des biens seulement, contre un ou plusieurs créanciers de l'un des héritiers; tout reste encore ici individuel; la séparation se divise comme la créance qu'elle garantit (n° 79).

111. Passons actuellement aux immeubles. Quoique très-juste dans son principe, le droit de séparation se présente comme un privilége très-gênant pour l'administration de l'héritier et nuisible à son crédit. Aussi les rédacteurs du Code, toujours plus enclins à dispenser leur protection sur la fortune immobilière, écoutant en cela les observations du Tribunal de cassation (n° 44 *bis*), ont-ils entouré l'exercice de la séparation de certaines formalités, de certaines déchéances de nature à en restreindre les effets. Telle est la pensée générale qui a présidé à l'article 2111 dont voici le texte :

« Art. 2111. Les créanciers et légataires qui demandent la « séparation du patrimoine du défunt, conformément à l'arti- « cle 878, au titre *Des successions*, conservent, à l'égard des

[1] S., *Coll. nouv.*, 5, I, 107. — V. encore Cass., 14 août 1820 (S., *Coll. nouv.*, 6, I, 209).

« créanciers des héritiers ou représentants du défunt, leur pri-
« vilége sur les immeubles de la succession par les inscriptions
« faites sur chacun de ces biens, dans les six mois à compter
« de l'ouverture de la succession.

« Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut
« être établie avec effet sur ces biens par les héritiers ou re-
« présentants, au préjudice de ces créanciers ou légataires. »

Cette inscription est donc indépendante de toutes celles qu'aurait pu prendre le créancier hypothécaire ou privilégié, pour assurer la validité d'une cause de préférence antérieure au décès, et ne saurait jamais la remplacer.

112. Quant à sa forme, elle est régie par les dispositions des articles 2148 et 2149 du Code, sur les inscriptions en général. Elle doit donc être spéciale, comme le prouvent encore les termes mêmes de l'article 2111 : ... *par les inscriptions faites sur* CHACUN *de ces biens;* et il est étonnant que la Cour de Nîmes [1] ait pu juger le contraire, sous le prétexte plus que spécieux que l'article 2129 ne met pas le créancier qui s'inscrit en séparation au nombre des créanciers à hypothèque spéciale, et que d'ailleurs il est impossible de connaître tous les immeubles dépendant de la succession; les termes mêmes de l'article 2111 suffisent pour répondre au premier argument, et l'inconvénient signalé par le second se trouve bien compensé par l'avantage qu'a le créancier de borner sa poursuite et ses inscriptions aux immeubles qu'il croit nécessaires à l'acquittement de sa créance, et par suite de ne pas grever outre mesure et pour une petite créance le crédit de l'héritier.

Outre les énonciations prescrites par l'article 2148, l'inscription doit mentionner la date exacte du décès. Cependant, comme elle peut être prise par des créanciers chirographaires, on ne doit pas appliquer rigoureusement le premier alinéa de cet article qui exige la présentation de l'original en brevet ou d'une expédition authentique de l'acte générateur du privilége. Ainsi le légataire gratifié par un testament olographe ou mystique, les créanciers porteurs de promesses sous seing privé sont autorisés à présenter leurs titres et à prendre inscription *de plano;* et nous ne pouvons souscrire aux exigences de M. Poujol [2], qui voudrait que le

[1] Nîmes, 18 février 1829 (S., *Coll. nouv.*, 9, II, 214).
[2] Sur les articles 878 à 881, n° 17.

créancier chirographaire obtînt au préalable et à titre conservatoire un jugement de reconnaissance d'écriture contre l'héritier; car si l'héritier ne dénie pas, ne sera-ce pas organiser là une procédure purement frustratoire? Et quand bien même le créancier parviendrait à se procurer ainsi un titre authentique, l'expédient ne serait toujours profitable qu'aux créanciers purs et simples, puique la loi du 3 septembre 1807 défend de prendre inscription avant l'exigibilité de la dette, outre qu'elle met les frais à la charge du créancier, si le défendeur n'a pas dénié l'écriture [1]. Nous ne partageons pas non plus les scrupules de M. Duranton [2], qui ne croit pas qu'on puisse autoriser l'inscription des créanciers dépourvus de tout titre écrit, tels que les fournisseurs et autres ayants droit auxquels il n'est pas d'usage de délivrer des reconnaissances écrites, parce que, selon lui, leur seule affirmation ne pourrait suffire en présence de toutes les exigences légales pour les pièces destinées à servir de base aux inscriptions hypothécaires; en conséquence il proclame aussi la nécessité de l'obtention préalable d'un jugement contre l'héritier ou au moins d'une ordonnance du président délivrée sur requête, et cette dernière manière de procéder est approuvée également par M. Dufresne [3]. Les objections que nous faisions à M. Poujol s'adressent également à ce premier mode de M. Duranton; quant au second, nous dirons que nous ne croyons pas que l'article 558 (C. proc.), qui prescrit cette procédure pour une saisie, soit aussi applicable à une inscription : l'analogie entre ces deux mesures n'existe guère que dans la pensée de M. Dufresne [4].

Au surplus, toutes ces pratiques partent d'une fausse idée, et n'aboutissent qu'à outrer la rigueur de la législation, surtout pour une inscription qui n'est pas destinée à assurer des effets aussi énergiques que celle d'une hypothèque ou d'un véritable privilége; pour ce dernier même, la loi ne se méfie point des actes sous seing privé, puisqu'elle autorise l'inscription des architectes et ouvriers, aussi bien que celle des copartageants sur la présentation d'un acte qui n'a pas besoin d'être authen-

[1] Loi citée, art. 2.
[2] T. VII, n° 492.
[3] *Op. cit.*, n° 69.
[4] *Ibid.*, p. 78.

tique, et qui en fait l'est rarement. L'inscription d'ailleurs n'est qu'un acte conservatoire, ne préjugeant rien de la validité de l'obligation principale et n'empêchant pas les contestations de la créance lors de la production aux ordres.

Ajoutons que cette inscription se prend au bureau de la conservation des hypothèques, dans le ressort de laquelle se trouvent situés les immeubles héréditaires, objet de la poursuite.

113. Le délai fixé pour s'inscrire est de six mois, qui courent du jour de l'ouverture de la succession : toute inscription prise dans ce laps de temps procure au créancier le droit de préférence, même sur des inscriptions prises antérieurement par des créanciers de l'héritier; c'est d'ailleurs là le propre de tout privilége. Et si le créancier du défunt laisse passer ce délai, il n'est pas pour cela complétement déchu du droit de séparation, mais il ne peut plus invoquer le rang qui lui aurait été attribué en vertu de la qualité substantielle de son privilége, et seulement celui que lui assignera la date de son inscription : c'est la préférence du privilége réduite à la préférence de l'hypothèque [1]. Aucune remise ne peut être faite au créancier de cette déchéance sous quelque prétexte que ce soit : car ce n'est pas une prescription, et l'on ne pourrait renverser les lois de la priorité sans préjudicier aux tiers créanciers [2].

113 *bis*. Lorsque les biens d'un individu passent de sa succession dans celle d'un autre, par suite de transmission à titre universel (n° 52), il n'est pas besoin de prendre plusieurs fois inscription. Celle qu'on prendra dans les six mois à partir de l'ouverture de la première succession sauvegardera les droits des créanciers héréditaires à l'égard des créanciers de tous les héritiers successivement; et si l'inscription était prise après les six mois sur les biens de la première succession, le créancier ne serait plus qu'hypothécaire à l'égard des créanciers de l'héritier. Mais si la deuxième succession s'était à son tour ouverte moins de six mois avant la prise d'inscription, le créancier de la première succession serait encore privilégié à l'égard des créanciers de la seconde, à l'encontre desquels l'inscription a été prise dans le délai requis.

114. L'utilité de l'inscription est circonscrite dans les rap-

[1] Art. 2113.

[2] Bordeaux, 24 juin 1836 (S., 1837, II, 38).

ports des créanciers du défunt avec les créanciers de l'héritier : c'est ce que nous démontrerons plus loin (n° 131); mais, en outre, dans cette limite même, elle n'a de valeur qu'à l'égard des créanciers hypothécaires ou privilégiés et non point à l'égard des créanciers simplement chirographaires de l'héritier; c'est-à-dire qu'elle n'est nullement une condition *sine quâ non* de l'exercice de la séparation et que, sous ce rapport, il n'y a aucune distinction à faire entre la séparation mobilière et la séparation immobilière. Cette remarque avait été déjà faite par Merlin [1] et après lui par M. Troplong [2], qui dit très-bien « qu'il « ne servirait de rien aux créanciers chirographaires d'opposer « aux demandeurs en séparation le défaut d'inscription de leur « privilége dans les six mois, car les créanciers poursuivant la « séparation pourraient au même instant prendre une inscrip- « tion hypothécaire qui leur assurerait la préférence sur les « créanciers chirographaires. » Nous pourrons ajouter que la séparation, dépourvue d'une partie des attributs du privilége ordinaire et n'étant qu'une dérogation aux droits de préférence qui dérivent des priviléges et hypothèques dont elle entrave l'exercice, a besoin d'être inscrite, lorsque, en fait, cette dernière conséquence doit se réaliser : c'est-à-dire lorsqu'il y a des inscriptions sur l'immeuble. Hors de là elle ne porte aucune atteinte aux droits acquis; il est en effet parfaitement inutile que les créanciers chirographaires soient avertis de l'existence d'un privilége dont on ne peut pas dire que la connaissance les eût empêchés de contracter. Malgré cette décision, qui est toute doctrinale, il sera toujours plus sûr dans la pratique d'opérer cette inscription, parce qu'il est presque impossible d'être certain de la non-existence de priviléges ou d'hypothèques du chef de l'héritier.

Mais il ne faudrait pas dire, suivant une opinion qui a compté ses partisans, que l'inscription empêcherait l'acquéreur d'un immeuble vendu par l'héritier de se libérer valablement entre les mains de ce dernier, en l'exposant à payer une seconde fois le prix aux créanciers héréditaires de l'inscription desquels il n'aurait pas tenu compte. L'inscription, bornée quant à ses effets aux créanciers de l'héritier, est sans force contre les tiers

[1] *Répert.*, v° Séparat. de patr., § 3, VII.
[2] *Hypoth.*, I, 325. — V. aussi Persil, *Régime hypoth.*, sur l'article 2111, I.

acquéreurs, et nous ne comprenons pas que M. Dufresne [1], en défendant cette manière de voir, ne se soit pas aperçu qu'il tombait en contradiction avec lui-même, quand il relevait aussi l'erreur de M. Duranton [2], pour lequel la notification d'une demande en séparation faite au débiteur de la créance mobilière réussit à empêcher ce dernier de payer à l'héritier. La séparation, qui n'équivaut pas à une saisie en matière mobilière, le pourrait-elle en matière immobilière, et donnerait-elle ouverture à la faculté de surenchérir? — Au point où nous en sommes arrivé de nos explications, poser la question, c'est la résoudre.

115. C'est encore pour avoir méconnu ce dernier caractère si essentiel de la séparation, que nombre d'auteurs limitaient le délai de faveur de l'inscription des créanciers héréditaires à la quinzaine écoulée depuis la transcription de l'aliénation de l'immeuble par l'héritier, voulant ainsi se conformer à l'innovation que l'article 834 du Code de procédure avait introduite aux règles du Code Napoléon, touchant l'inscription de tout privilége ou hypothèque. La discussion de cette doctrine n'offre plus grand intérêt, depuis la promulgation de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire, qui a abrogé cette disposition du Code de procédure [3], et c'est pourquoi nous ne devons pas nous étendre longuement sur ce point.

Il est en tous cas bien étonnant qu'avant la confection du Code de procédure et sous l'empire du Code Napoléon seul, on n'ait pas discuté la possibilité de la prise d'inscription après l'aliénation des immeubles par l'héritier, dans le but de conserver le droit de séparation sur le prix, l'article 880 du Code Napoléon étant aussi exclusif dans cette question que l'article 834 du Code de procédure dans l'autre. S'il en eût été ainsi, la controverse n'aurait pas cessé depuis la nouvelle loi de 1855, et se serait tout au plus modifiée en ce sens qu'il s'agirait maintenant de savoir si la transcription de l'acte d'aliénation opérée avant l'expiration des six mois depuis l'ouverture de la succession, empêcherait les créanciers du défunt de s'inscrire en vertu de l'article 2111.

Cependant ce n'est pas ainsi que l'on présentait la difficulté;

[1] *Op. cit.*, nos 74 et 69, comparés avec no 63.
[2] *Op. cit.* VII, 485.
[3] Loi du 23 mars 1855, art. 6, al. 3.

car tous les auteurs admettent volontiers que, puisque l'héritier conservait, nonobstant la séparation, la faculté d'aliéner, les inscriptions, sans pouvoir procurer un droit de suite sur la chose, transportaient après l'aliénation tous les effets de la séparation sur le prix qui représente cette chose, lorsqu'il n'est ni payé ni irrévocablement confondu. Aussi ne comprenons-nous pas comment ces auteurs, qui enseignaient cependant cette dernière proposition presque sans explication, ne voulaient dans aucun cas permettre l'inscription de l'article 2111 après la quinzaine écoulée depuis la transcription, c'est-à-dire que, passé cette époque, l'inscription n'eût plus même conféré le droit de préférence sur le prix non payé et non confondu [1].

C'est là assurément une doctrine très-bizarre; car quelques arguments qu'on eût pu trouver dans la rédaction impérative de l'article 834 (et nous ne prétendons pas les développer ici), il nous semble que ce seul rapprochement aurait dû arrêter nos adversaires; et en réfléchissant à l'esprit de cet article, ils seraient restés plus convaincus de leur erreur. Effectivement, le droit de suite étant refusé au privilége de la séparation, on ne voit pas trop à quoi eût servi la prohibition d'une inscription tardive; la transcription, dans l'idée des législateurs de cette époque, ne devait être qu'un appel à ceux dont le privilége subsistait encore, afin de les avertir qu'ils allaient s'exposer à le perdre à l'égard des tiers acquéreurs, s'ils tardaient à l'insérer. Mais à quoi eût-il servi de faire cet appel aux créanciers du défunt, pour leur faire conserver par l'inscription un droit qu'ils n'ont jamais eu? L'inscription ne pouvant obliger l'acquéreur à payer une seconde fois, puisqu'elle ne vaut pas saisie-arrêt à son égard (n° 114), laisse ce dernier tout à fait hors de cause; s'il paye son prix à l'héritier, il est libéré, et elle devient inutile; s'il ne le paye pas, le débat qui s'élèvera sur la distribution, restera entre les créanciers de la succession et ceux de l'héritier, et le droit de préférence qu'invoqueront les premiers sera subordonné à la prise d'inscription dans les six mois de l'ouverture de la succession. Il n'y avait donc aucun inconvénient à permettre la prise d'inscription postérieurement à l'expiration de la quinzaine à partir de la transcription, parce

[1] Grenier, *Hypoth.*, II, 330 conf. avec 432; Duranton, VII, 490, conféré avec XIX, 222; Marcadé, sur les articles 878 à 880, n° V conféré avec n° IV.

qu'il n'y avait là non plus aucun danger pour l'acquéreur dans l'intérêt exclusif duquel ce délai avait été imaginé.

Il résulte aussi de ce que nous venons de dire que l'inscription de l'article 2111, en devenant inutile dès que le prix est payé, est par là bien moins efficace dans ce cas que celle des créanciers hypothécaires de l'héritier. Car si ces derniers ont pris une inscription sur l'immeuble, ils sont pourvus d'un droit de suite qui leur permet de forcer l'acquéreur à payer une seconde fois, ou au moins à saisir l'immeuble et à surenchérir; tandis que, sur ce second prix, les créanciers de la succession, nonobstant toute inscription, n'auront aucun droit à faire valoir : c'est en effet ce qui a été jugé en cassation le 27 juillet 1813 [1].

115 *bis*. On voit donc par tout ceci que le privilége des créanciers du défunt se vivifie par l'inscription d'une manière absolue à l'égard des créanciers de l'héritier, mais qu'il s'éteint par la transcription de l'acte d'aliénation opérée par l'héritier et ne peut se reporter sur le prix encore dû; que jusqu'à la transcription, les créanciers conserveront toujours le droit de faire vendre l'immeuble et de venir exercer le privilége sur le prix en provenant, même si l'héritier avait déjà touché ce prix des mains de l'acquéreur, sauf le cas de confusion, comme il a été dit en son lieu et place; car, à l'égard des créanciers de la succession, c'est la transcription qui forme le point de départ de la mutation de la propriété et de l'extinction de la séparation des patrimoines (n° 97).

Telle est la seule modification que la loi du 23 mars 1855 ait apportée au Code Napoléon sur cette partie de notre matière.

§ 2. — *Du cas où la succession est bénéficiaire.*

116. Jusqu'ici nous nous sommes toujours placé dans l'hypothèse d'une acceptation pure et simple de la part de l'héritier; il faut à présent voir les dérogations que les règles précédemment exposées doivent souffrir, lorsque le bénéfice de séparation des patrimoines invoqué par les créanciers vient se compliquer de la présence du bénéfice d'inventaire réclamé par l'héritier. Les différences à signaler sont peu nombreuses : il n'y a guère que deux points qui aient réellement de l'intérêt et sur lesquels la jurisprudence ait été assez fréquemment appelée

[1] Arrêt déjà cité au n° 69, *in fine*.

à se prononcer; tandis que nous avons eu plus d'une fois lieu de regretter la rareté des monuments qu'elle nous laisse sur la plupart des autres difficultés de la matière.

117. La première question qui se présente naturellement ici est de savoir, dans ce conflit de deux bénéfices qui produisent chacun un résultat commun, une séparation plus ou moins radicale, lequel des deux devra absorber l'autre, ou s'ils pourront s'absorber réciproquement. Il paraît clair que si cette fusion est possible, c'est le bénéfice d'inventaire qui doit l'emporter, car il conduit à une séparation plus générale et surtout complétement réciproque, quant aux personnes et quant aux biens : quant aux personnes, puisque l'héritier et ses créanciers propres sont séparés des créanciers de la succession, tout comme ceux-ci le sont de ceux-là; quant aux biens, puisqu'il est incapable d'administrer librement, de même que les créanciers héréditaires ne peuvent attaquer la succession qu'en se conformant à certaines prescriptions. Cela est naturel et évident; aussi ce point ne paraît pas avoir attiré un instant l'attention des auteurs.

Mais il s'agit de savoir aussi si le bénéfice d'inventaire est apte à tenir lieu de séparation des patrimoines aux créanciers de la succession, d'une manière absolue et permanente; s'il peut constituer à leur profit un droit acquis que ne détruirait plus la cessation de ce bénéfice : question très-complexe, comme on le voit, et qu'il importe d'analyser sérieusement.

MM. Delvincourt[1] et Duranton[2] sont presque les seules autorités qui enseignent que l'acceptation bénéficiaire ne produit pas, à l'égard de la séparation des patrimoines, d'autres effets que l'acceptation pure et simple elle-même, parce que, disent-ils, le bénéfice d'inventaire est introduit exclusivement dans l'intérêt de l'héritier et ne saurait profiter à d'autres qu'à lui; qu'il produit si peu la séparation, qu'il n'empêche pas l'héritier d'aliéner valablement, sans observer les formalités prescrites par l'article 806 (C. Nap.) : l'article 988 du Code de procédure n'édictant contre lui d'autre peine que la déchéance de son bénéfice, et non point la nullité de ses actes. D'autres personnes,

[1] *Op. cit.*, t II, p. 98.
[2] *Cours de Droit français*, VII, 47, et XIX, 218.

M. Cabantous entre autres [1], prennent un terme moyen et admettent que l'acceptation bénéficiaire dispense bien le créancier de *demander* (*sic*) la séparation, mais que l'inscription demeure toujours nécessaire. Or, d'après notre manière de voir, qui n'isole jamais la demande en séparation de l'inscription elle-même (n° 106), cette opinion reviendrait exactement à la précédente, au moins en ce qui concerne les immeubles.

Dans la discussion de cette controverse, il faut, ce me semble, écarter un argument qu'on a souvent invoqué et qui n'est pourtant que le produit d'une confusion manifeste. L'inscription, a-t-on dit, ne peut être prise en vertu de l'article 2111, puisque l'article 2146 déclare la nullité de toute inscription effectuée sur les biens d'une succession bénéficiaire; mais ce ne sont là que des arguties : l'article 2146 enlève seulement aux hypothèques prises depuis l'ouverture de la succession, par un des créanciers héréditaires, son effet à l'égard de ses cocréanciers, et l'inscription de l'article 2111 n'a précisément d'effet que contre les créanciers de l'héritier, ce qui est bien différent; d'un autre côté, on ne peut nous opposer la différence qu'on établit entre le bénéfice d'inventaire et la séparation quant à la prohibition d'aliéner, puisque dans notre système elle n'existe pas : l'héritier est libre de disposer dans l'une comme dans l'autre situation, sauf bien entendu la sanction de l'article 988, qui est spéciale au bénéfice d'inventaire.

Si l'on interroge maintenant la nature intime de ce dernier bénéfice, on arrivera certainement à adopter notre manière de voir. Effectivement, s'il peut être invoqué par l'héritier et par ses créanciers personnels pour mettre ses biens propres à l'abri des poursuites des créanciers de la succession, il nous paraît impossible de refuser à ceux-ci le bénéfice de la non-confusion; et de même que nous avons décidé que les effets de la séparation pouvaient être invoqués au profit des créanciers de la succession tout aussi bien que rétorqués contre eux, nous devons proclamer que le bénéfice d'inventaire (séparation des patrimoines en faveur de l'héritier) pourra être rétorqué contre lui, celui-ci ne méritant pas plus d'égard que les autres. Le patrimoine héréditaire qui reste leur seul gage ne saurait être diminué par la concurrence des créanciers de l'héritier;

[1] *Revue de législ.*, t. IV, p. 41; ouvrage déjà cité.

si la loi oblige à provoquer la séparation, c'est pour faire cesser une confusion de droit; mais ici pourquoi séparer ce qui n'est pas confondu? l'inscription qu'on voudrait faire prendre aux créanciers serait moins publique que la déclaration d'acceptation que l'héritier a faite au greffe du Tribunal. Tous ces motifs ont entraîné la majorité des auteurs en faveur de cette doctrine, et la jurisprudence la plus récente est venue lui donner sa consécration souveraine [1].

118. Mais nous ne pouvons nous ranger à l'avis de ceux qui veulent que tant que dure l'indivision, la séparation des patrimoines résultant virtuellement de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire par un des cohéritiers, lors même qu'elle est imposée par la loi (par exemple si le cohéritier est mineur), se produise d'une manière absolue à l'égard des cohéritiers, même qui accepteraient purement et simplement. C'est le sentiment de MM. Dufresne [2], Aubry et Rau [3], de la Cour de Riom [4], et même de la Cour de cassation [5].

Si l'on veut être conséquent, il faudra aussi alors, par voie de réciprocité, refuser aux créanciers de la succession le droit de poursuivre, sur leurs biens personnels, les héritiers purs et simples, pour la part que ceux-ci doivent supporter dans la dette, et rien dans la loi ne semble autoriser une pareille pratique. On se fonde en vain sur l'indivisibilité de la saisine qui se produit, en cas de dévolution au profit de plusieurs personnes simultanément appelées à la même hérédité; car ceci empêche-t-il le moins du monde la division des dettes dès le principe, et autorise-t-il un créancier à poursuivre avant le partage chaque héritier pour le tout? Nos adversaires ne vont pas jusque-là [6]. — Or si chaque créancier est obligé de poursuivre chaque héritier isolément, l'acceptation bénéficiaire de l'un ne pourra évidemment, dans une poursuite fractionnée, produire

[1] Cass., 18 juin 1838 (S., 1838, I, 730); Cass., 29 juin 1858 (S., 1858, I, 720); Cass., 3 août 1857 (S., 1858, I, 286), arrêt cassant une décision contraire de la Cour de Lyon, du 20 décembre 1855 (S., 1857, II, 289).

[2] *Op. cit.*, n° 79.

[3] *Op. cit.*, § 619, texte n° 6 et note 61.

[4] 8 août 1828 (S., *Coll. nouv.*, 9, II, 134).

[5] Cass., 11 novembre 1833 (S., 1833, I, 817); Cass., 11 décembre 1854 (S., 1855, I, 277); Cass., 25 août 1858 (S., 1859, I, 65).

[6] Aubry et Rau, § 609, note 13 *in fine*, et § 575.

des effets séparatifs des patrimoines, là où cette acceptation n'a pas été invoquée par le cohéritier : la séparation qui est tellement individuelle ne saurait se prêter à ces idées d'indivisibilité. Mais, dit-on encore, l'acceptation bénéficiaire d'un seul des cohéritiers suffit pour faire présumer l'état de déconfiture de la succession, état également individuel. Nous ne pensons pas, pour notre compte, que cette présomption pût entraîner la séparation des patrimoines, d'autant plus qu'elle n'existe plus lorsque le bénéfice d'inventaire est imposé par la loi.

119. Reste maintenant à savoir si l'effet du bénéfice d'inventaire relativement à la séparation survit à la cessation du bénéfice lui-même. Cette question est complexe, avons-nous dit; car il nous semble qu'il faille distinguer ici le cas de déchéance de celui de renonciation.

La déchéance ne sera prononcée la plupart du temps que sur la demande des créanciers de la succession, quoiqu'elle puisse aussi l'être par ceux de l'héritier. Or de deux choses l'une : ou les créanciers de la succession redoutent le concours des créanciers de l'héritier, ou ils ne le redoutent pas : — s'ils le redoutent, ils se garderont bien de provoquer la déchéance de l'héritier bénéficiaire, lors même que l'on admettrait avec M. Blondeau[1] que l'héritier ne pourrait jamais par sa faute porter atteinte à un droit acquis à ses créanciers par un fait personnel à lui, et par suite que la séparation continuerait de subsister; car cette conséquence est tout à fait impossible en présence du texte de l'article 879, puisqu'en faisant prononcer cette déchéance, les créanciers n'auraient en vue que de se venger sur les biens propres de l'héritier, cas où il y a novation et extinction du droit de séparation; — s'ils ne redoutent pas le concours des créanciers de l'héritier, ils n'ont pas besoin de cette séparation, et la question ne présente plus d'intérêt pour eux. Il faut donc écarter l'hypothèse où cette dé-

[1] *De la sép. des patr.*, p. 509 et 510. — L'auteur enseigne là que l'héritier déchu du bénéfice d'inventaire reste tenu personnellement au payement des dettes du défunt, mais que les créanciers conserveront néanmoins le droit de se faire payer exclusivement sur les biens de la succession, tout en poursuivant les biens de l'héritier. M. Blondeau est législateur plus équitable qu'interprète consciencieux.

chéance est prononcée à la requête des créanciers de la succession.

Reste encore celle où l'héritier renonce de plein gré ou bien est déclaré déchu par ses propres créanciers. Dans ces termes, nous pensons que la cessation du bénéfice d'inventaire ne pourra nuire aux créanciers héréditaires. Il serait dérisoire en effet que l'héritier pût se jouer ainsi des intérêts de ses créanciers. En matière de partis à prendre sur le régime d'une succession, le principe est l'irrévocabilité de la décision intervenue, et cela est très-sage : l'héritier devait réfléchir sur ce qu'il avait à faire, et il ne peut contre les créanciers héréditaires devenus les siens se créer un droit de l'inobservation des obligations à lui imposées; ses créanciers personnels eux-mêmes ne sauraient jouir de cet avantage. La loi, dans les articles 801 du Code Napoléon et 388 du Code de procédure, a entendu porter une peine contre l'héritier, et il serait singulier qu'on vînt argumenter de ces textes qui paraissent impératifs, pour soutenir que les créanciers du défunt n'auraient pas le droit de renoncer à la faculté de faire prononcer la déchéance, faculté qui ne doit être exercée que par eux. Disons donc que si l'héritier veut renoncer au bénéfice d'inventaire, ou ses créanciers l'en faire déchoir, ils le peuvent; mais que tous les droits acquis aux créanciers de la succession par ce bénéfice, notamment celui de la séparation des patrimoines, resteront entiers et continueront de subsister à leur égard.

La jurisprudence offre ici beaucoup de variations; pourtant la plus récente semble être en notre faveur [1].

119 *bis*. M. Blondeau [2], appliquant sa manière de voir dans la question précédente, décide par analogie que l'acceptation bénéficiaire de la part d'un héritier apparent qui a été évincé plus tard par un héritier véritable, subsisterait encore et produirait ses effets relatifs à la séparation, ce qui nous paraît conduire beaucoup trop loin : rien dans la loi ne nous semble justifier un pareil rapprochement; l'acceptation de la

[1] Contre notre opinion : Rouen, 5 décembre 1826 (S., *Coll. nouv.*, 8, II, 296); Bordeaux, 14 juillet 1830 (S., 1831, 2, 190). — Dans le sens de notre opinion : Cass., 18 juin 1833 (S., 1833, I, 730), arrêt cité plus haut, n° 117; Cass., 10 février 1839 (S., 1840, I, 92); Colmar, 9 janvier 1837 (S., 1837, II, 311). — V. aussi l'arrêt de cassation, du 3 août 1857, cité plus haut.

[2] *Loco modo cit.*

part d'une personne étrangère à la succession est sans valeur et ne constitue aucun droit acquis à la séparation des patrimoines. Nous préférons ici la distinction proposée par MM. Aubry et Rau [1], qui valident la séparation pour le passé, c'est-à-dire conservent aux créanciers de la succession tout ce qu'ils ont touché en vertu de cette séparation, parce que tous les payements faits par un héritier apparent sont maintenus à l'égard de l'héritier véritable, mais qui pensent que l'acceptation pure et simple de ce dernier, en venant écarter l'héritier apparent, met dès ce moment les créanciers héréditaires en demeure de provoquer la séparation.

120. A partir de quel moment court le délai d'inscription fixé par l'article 2111? Naturellement à partir du jour où soit l'exclusion, soit l'éviction de l'héritier a pu être connue des créanciers. Au contraire, la prescription de l'article 880, en ce qui concerne les meubles, a toujours son point de départ à l'ouverture de la succession, parce qu'il n'y a pas là de formes spéciales imposées à l'exercice de la séparation.

§ 3. — *Du cas où la succession est vacante.*

121. Nous retrouvons encore ici des principes analogues à ceux des précédents numéros. La séparation des patrimoines se produit aussi de plein droit; et si l'héritier se présente après la déclaration de vacance et accepte purement et simplement, il ne pourra mettre au néant les droits acquis en vertu de cette espèce de séparation collective propre au régime même de la succession.

122. Le délai de l'inscription à prendre sur les immeubles court ici à partir du moment où les créanciers ont eu connaissance de la cessation de la gestion du curateur.

§ 4. — *Du cas où l'héritier est tombé en faillite.*

123. Nous allons encore rencontrer ici, en raison de l'obscurité et de l'imperfection des dispositions législatives, bien des difficultés et bien des opinions divergentes à concilier ou à combattre. Nous voulons faire allusion à l'article 490 du nouveau texte du Code de commerce, qui oblige les syndics d'une faillite à prendre une inscription collective sur tous les im-

[1] *Op. cit.*, § 619, note 63.

meubles du failli dont ils connaissent l'existence. Le conflit possible entre cette hypothèque et le droit de préférence produit par l'inscription opérée à la requête des créanciers de la succession, donne lieu à des appréciations très-délicates qui exigent avant tout une notion exacte du caractère de ce droit, lequel, semblable en cela à celui que l'article 1017 confère aux légataires, ne se retrouve mentionné dans aucune disposition de nos autres Codes. Quelques préliminaires deviennent donc indispensables.

Les biens qui adviennent à un failli sont compris dans le dessaisissement général que cette faillite opère à son égard; et ce dessaisissement, pour le dire en passant, équivaut à une véritable séparation des patrimoines au profit de ses créanciers, si bien qu'elle dispense ces derniers de recourir en aucune façon à ce remède, lorsque le failli est décédé et que sa succession est acceptée purement et simplement. C'est ce que l'on avait reconnu à la discussion du Code revisé, même pour une faillite déclarée après la mort du débiteur[1]. Toutefois, comme les biens advenus au failli sont le gage que les créanciers ont acquis du chef de l'individu qui les possédait avant lui, ils doivent servir préférablement au désintéressement de ses créanciers propres plutôt qu'à celui des créanciers de la faillite. Ainsi les charges imposées au donataire seront acquittées avant les dettes de la faillite sur les biens donnés; le vendeur pourra exercer son privilége sur le prix de l'immeuble avant les créanciers de cette faillite..., etc. : donc aussi les dettes d'une succession échue au failli peuvent et doivent être préalablement payées avec les valeurs qui la composent, si toutefois les créanciers de la succession usent de la séparation des patrimoines, avec cette restriction qu'ils doivent le faire avant le jugement déclaratif de faillite. Cette dernière condition, qui est hors de doute pour les immeubles (car l'article 448 du Code de commerce oppose une barrière invincible à toute inscription prise après cette époque), doit être étendue, selon nous, à toute séparation mobilière : l'induction est ici puissante, et nous ne croyons pas qu'il soit possible d'invoquer postérieurement la séparation, pour les valeurs mobilières qui composent le plus souvent le seul actif dans la déconfiture d'un commerçant.

[1] V. le *Moniteur universel* du 28 mars 1838, p. 703.

124. Tout cela paraît bien clair, et le serait en effet s'il n'y avait cette hypothèque dont nous parlions en commençant le paragraphe, et qui, en frappant sur tous les immeubles compris dans la faillite à n'importe quel titre, vient entraver l'exercice de la séparation invoquée à l'égard des immeubles par les créanciers du défunt. Il importe donc de bien étudier le caractère de ce droit hypothécaire. Or quels en sont les effets? Si l'on consulte les travaux préparatoires du Code de commerce sur l'article 500 (ancien texte correspondant à l'article 490), on voit qu'il n'avait pas été question par là de fournir une mesure propre à la conservation des droits de la masse, contre des créanciers particuliers du failli; c'était parce que « si l'on « n'établissait pas cette règle, la masse pourrait n'être pas « avertie des expropriations [1]. » Tout ceci ne donnait pas grande utilité à cette hypothèque; aussi la disposition fut-elle vivement critiquée pour ce motif par M. Berlier, qui pensait que les formalités inhérentes à une expropriation avertiraient suffisamment les tiers intéressés [2]. L'article fut pourtant maintenu tel quel, et depuis on l'expliqua généralement dans le sens que lui avait donné M. Berlier [3].

Dans cette manière de voir de la doctrine, il n'y avait là aucun droit hypothécaire en faveur de la masse, et par suite l'inscription de l'article 500 n'établissait, au profit des créanciers chirographaires de cette faillite, aucun droit de nature à amoindrir celui des créanciers de la succession, encore que ceux-ci n'eussent pris aucune inscription dans les délais prescrits; et même la jurisprudence n'exigeait pas que cette inscription fût au moins antérieure de dix jours à l'ouverture de la faillite, selon la disposition de l'ancien article 443, aujourd'hui adoucie par celle de l'article 448, nouveau texte, comme nous l'avons vu plus haut (n° 123, *in fine*) [4].

[1] Observation de M. Jaubert au Corps législatif, dans la séance du 16 avril 1807 (Locré, *Législ.*, t. XIX, 2e part., comm. X, n° 8).

[2] Même séance (Locré, *ibid.*).

[3] Pardessus, *Droit commerc.*, 2e édit., n° 1157; Troplong, *Des hypoth.*, III, 655 *bis*; Bédarride, *Traité des faillites*, I, 416; Dufresne, *op. cit.*, n° 92, etc.

[4] Nîmes, 27 janvier 1840 (S., 1840, II, 368), arrêt confirmé en cassation, le 23 juin 1841 (S., 1841, I, 728). — V. encore : Bourges, 20 août 1832 (S., 1833, II, 641); Caen, 29 février 1844 (S., 1844, II, 299), et Paris, 22 juin 1850 (S., 1851, II, 542).

Tel était l'état de la législation et de la doctrine avant la refonte du titre *Des faillites* au Code. Dans le nouveau texte, l'article 500 fut transporté tout entier et tel quel dans l'article 490 dont il forma le troisième alinéa. Jusque-là certainement rien ne prêtait à la controverse, et nous n'aurions nul motif plausible pour décider autrement aujourd'hui que sous l'empire du Code de 1807; au contraire, l'identité de la nouvelle disposition avec l'ancienne, l'absence de tout document dans la discussion des chambres, enfin le silence même de l'article 2121 du Code Napoléon sur l'existence de cette hypothèque légale, nous auraient défendu de consacrer ainsi *à priori* un droit qu'il était impossible de rattacher ni à une convention (puisque le concordat n'en est pas une, à proprement parler, et que d'ailleurs l'existence de l'hypothèque en précède le vote, d'après les textes), ni à un jugement (puisque le jugement déclaratif de faillite n'emporte pas condamnation, mais seulement constatation d'un état de fait antérieur devenu notoire); ce ne pouvait donc être qu'une hypothèque légale, et l'article 2121 du Code Napoléon était muet. Mais le nouveau texte du Code de 1838 contient un article 517 qui est la reproduction perfectionnée et plus explicite de l'ancien article 524, lequel parlait assez vaguement d'une hypothèque au profit des créanciers du failli, pour qu'on pût en inférer qu'il ne s'agissait là que de l'hypothèque dont ils étaient déjà investis avant la faillite par le titre constitutif de leur créance. Cet article 517 se rattache à l'article 490, en rappelant l'inscription qu'ont dû prendre les syndics, et en déclarant que l'homologation du concordat conservera à chacun des créanciers le droit ainsi inscrit, et qu'il appelle une *hypothèque*, expression que l'on chercherait en vain dans l'article 490 ou dans l'ancien article 500.

M. Dufresne [1], qui ne reconnaît d'hypothèque ni dans l'article 500 ni dans l'article 490, adopte ici une opinion mixte, et prétend que l'art. 517 consacre un droit hypothécaire au profit de la masse des créanciers, après que le jugement du tribunal a homologué le concordat intervenu entre les créanciers et le failli; tandis que l'inscription de l'article 490 n'aurait pour but que d'établir un moyen de publicité de l'état de faillite connu antérieurement. Il se fonde sur ce que l'article 517, comme l'ar-

[1] *Loco modo cit.*

ticle 524 (ancien texte), exige qu'une inscription soit prise en vertu du *jugement homologatoire* qui, dit-il, *donne naissance*, conformément à l'article 2123 (C. Nap.), *à une hypothèque* que la première inscription ne pouvait conserver, puisqu'elle n'existait pas.

Cette démonstration renferme trop d'hérésies pour ne pas rendre la réfutation facile. A ne considérer que la rédaction de l'article 517, on reconnaîtra bien vite qu'il ne parle pas de *l'inscription d'une nouvelle hypothèque* à prendre, mais seulement de l'inscription du jugement d'homologation du concordat, et cela dans le but d'annoncer que l'hypothèque de l'article 490 a été maintenue, puisqu'en l'absence de cette homologation, l'hypothèque ne pourrait subsister. En cas d'union, en effet, elle n'a plus d'intérêt : les créanciers ont un droit d'administration directe sur les affaires du débiteur failli, et une hypothèque n'aurait pu avoir d'utilité que lorsque le débiteur restait à la tête de ses affaires, pour assurer l'exécution de son concordat. Voilà donc pourquoi il y avait nécessité à inscrire ce jugement : il fallait que tout le monde fût averti que l'hypothèque en quelque sorte provisoire, que l'on venait de prendre sur les biens, continuerait de les frapper.

Mais comment peut-on dire qu'il y a là un droit nouveau constitutif d'une hypothèque qui résulterait de ce jugement d'homologation? Jamais ces jugements ne peuvent avoir cet effet, pas plus que tout autre jugement rendu en juridiction volontaire; c'est là un point parfaitement établi. D'ailleurs, si nous voulons pousser l'examen un peu plus loin, nous verrons que la loi n'est pas si inconséquente qu'elle paraît l'être au premier abord. Il se passe ici, en effet, quelque chose d'analogue à ce qui a lieu en matière de séparation des patrimoines; l'article 490 confère une hypothèque ou, si l'on veut, un droit de préférence, et l'article 448, al. 2, ne souffre aucune inscription postérieure au jugement déclaratif de faillite qui est le point de départ de l'inscription; c'est appliquer à la faillite l'al. 2 de l'article 2111, qui prohibe toute inscription hypothécaire au préjudice des créanciers de la succession. Seulement l'hypothèque des créanciers de la faillite est plus complète que le privilége des créanciers du défunt, car elle n'est pas réduite au droit de préférence et est pourvue d'un droit de suite; en revanche, elle n'est pas privilégiée et subit l'application de la

règle : *prior tempore potior jure*, de sorte qu'il n'y a aucun délai de rigueur pour la prise d'inscription.

Nous ne possédons sur cette matière qu'un seul monument de la jurisprudence : c'est l'arrêt de la Cour de Paris du 22 juin 1850, déjà cité plus haut; tous les autres sont rendus à propos de faillites régies par l'ancien texte du Code. L'un d'entre eux pourtant, celui de la Cour de Caen également précité, tout en refusant l'hypothèque aux créanciers, déclarait formellement qu'il ne pouvait plus en être ainsi sous l'empire de la loi nouvelle; et la Cour de Paris a jugé dans le même sens [1].

125. De tout cela, il paraîtrait résulter que si une succession s'est ouverte au profit d'un failli, les créanciers de ce dernier, en prenant par l'intermédiaire des syndics inscription en vertu de l'article 490, primeraient les créanciers de la succession qui n'ont inscrit leur séparation qu'après eux, et postérieurement aux six mois accordés par l'article 2111; mais qu'ils ne les primeraient point, si l'inscription en séparation avait été opérée dans le délai prescrit. C'était, du moins, l'opinion jadis enseignée par M. Bravard-Veyrières à son cours. Toutefois, nous ne croyons pas qu'elle doive être suivie à la lettre.

Car si l'article 448 du Code de commerce prohibe toute prise d'inscription postérieurement au jugement déclaratif de faillite, il est certain que les créanciers de la succession, bien qu'ils fussent encore dans le délai utile pour s'inscrire en vertu de l'article 2111, s'ils ont laissé rendre le jugement déclaratif de faillite sans se mettre en règle, se verront préférer les créanciers de l'héritier failli, au profit desquels l'inscription a été formalisée en vertu de l'article 490 (C. comm.), et quelle que soit l'époque où elle l'a été par rapport à celle des créanciers héréditaires, puisqu'il n'existe aucun délai préfix d'inscription établi par la loi pour maintenir cette cause de préférence dans toute son intégrité [2].

[1] Depuis l'achèvement de ce travail, deux autres arrêts sont venus confirmer cette doctrine : ce sont ceux de la Cour de cassation, du 29 décembre 1858 (S., 1859, I, 209), et de la Cour de Besançon, du 16 avril 1862 (S., 1862, II, 283.

[2] Cette doctrine est celle de M. Esmault (*Traité des faillites et banqueroutes*, t. II, n° 350), approuvée aussi par M. Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° Fail

D'un autre côté, si les créanciers du défunt ont laissé écouler le délai de six mois de l'article 2111 sans s'inscrire, et qu'ils se soient inscrits alors en vertu de l'article 2113 avant le jugement déclaratif de faillite, ils primeront encore les créanciers du failli, dont l'hypothèque n'a jamais pu être inscrite par les syndics que postérieurement au jugement qui, à la fois, déclare le failli et nomme ces syndics.

Ainsi, en cette matière, le droit des créanciers du défunt, au regard de la masse de la faillite, n'est pas à considérer comme privilégié, et tout se réduit à l'application de la règle *prior tempore, potior jure*, modifiée et restreinte encore par la prohibition particulière de l'article 448 du Code de commerce.

Il semble cependant que la rigueur de cette doctrine doive être abandonnée pour le cas où la succession est échue au débiteur depuis le jugement déclaratif de sa faillite. Car l'art. 448, qui ne parle que des priviléges et hypothèques *valablement acquis* avant le jugement, ne paraît pas s'appliquer au privilége de la séparation des patrimoines qui s'acquiert en définitive par la seule force des circonstances, et non pas, comme les autres priviléges sur les immeubles, avec le concours toujours suspect de la personne du failli. Il semble donc qu'en pareil cas le créancier devrait jouir intégralement du délai imparti par l'article 2111, nonobstant l'inscription de l'hypothèque légale opérée par les syndics; que pareillement, en matière mobilière, la séparation pourrait être opérée indéfiniment et aussi longtemps que que les biens n'ont pas été discutés par les syndics, et au fur et à mesure que ces derniers voudraient les attaquer.

Cette manière de procéder a quelque chose de choquant, d'inique même, en regard de celle qui dénie tout droit à la séparation et annule toute inscription postérieurement au jugement déclaratif de faillite au profit des créanciers d'une succession ouverte par exemple peu de jours seulement avant ce jugement. Ce serait peut-être ici encore, comme en beaucoup d'autres points qui touchent à notre matière, le devoir du législateur d'intervenir et de décider en principe ce que le silence

lite et Banq., n° 495). C'est encore celle que la Cour de Dijon a émise dans ses observations sur la refonte du titre *Des priviléges et hypothèques* du Code, en 1841. (V. la note suivante.)

de la loi nous empêche de faire, à savoir que la prohibition de l'article 448 n'aurait aucun effet sur l'inscription qu'on peut prendre en vertu de l'article 2111, ou même que l'état de faillite ne modifierait en général pas les effets du privilége de la séparation des patrimoines[1]. F. DOLLINGER.

[1] Appelée par la circulaire du Garde des sceaux du 7 mai 1841, concurremment avec les autres Cours et les Facultés de droit, à se prononcer sur les améliorations dont notre régime hypothécaire était susceptible, la Cour de Dijon formula, sur l'article 448 du Code de commerce, un avis encore beaucoup plus radical. On lit en effet, dans les *Documents relatifs au régime hypothécaire* qui contiennent l'ensemble des travaux de ces corps, réunis par ordre du ministre (t. III, n° 531; Paris, imp. roy., 1844) :

« ... Cet article 448 lui-même est sujet à de graves objections dans ce qu'il « statue à l'égard des priviléges, et, malgré sa date récente, *la Cour n'hésite « pas à en demander la modification*. Il décide qu'à partir du jugement dé« claratif de faillite, aucune inscription de privilége précédemment existant « ne pourra être prise.

« Or n'y a-t-il pas là une injustice flagrante?

« Le vendeur, s'il est dépouillé de son privilége, exercera son action en « résolution, et les frais de vente se prélèveront sur la faillite qui se trou« vera ainsi grevée par l'abolition du privilége. — S'il s'agit d'un coparta« geant, l'événement de la faillite peut-il dépouiller un des cohéritiers en « blessant l'égalité si impérieusement exigée par nos lois, les syndics se« ront-ils admis à payer la soulte des lots comme un dividende? Si une « action en lésion contre le partage est admise, ne suppléeront-ils encore à la « portion du prix qu'ils seront condamnés à payer, qu'en fournissant un « dividende? De telles décisions paraissent impossibles à proposer, et ce« pendant elles sont des conséquences directes de l'article 448; et encore, « d'après cet article, il faut décider que la faillite profitera de la plus-value « d'un immeuble créé par un architecte qui ne s'est pas pressé d'inscrire; « il faut décider que *le privilége de séparation de patrimoine est perdu « sur la faillite, faute d'inscription*, tandis que c'est précisément pour le « cas de faillite ou de déconfiture qu'il a été introduit, puisqu'il devient « inutile lorsque l'héritier est dans l'aisance. »

Nous ne pouvons que nous associer aux critiques et aux vœux contenus dans ces quelques lignes.

DROIT DE POURSUITE DES CRIMES COMMIS EN PAYS ÉTRANGERS.

(Art. 5, 6, 7, C. inst. crim.)

Par M. Aug. Pougnet, docteur en droit,
avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

DEUXIÈME ARTICLE [1].

XV. Je proposerais donc de décider, purement et simplement, que le Français qui s'est rendu coupable d'un crime, en pays étranger et contre un Français, pourra, à son retour en France, y être poursuivi.

Article 2. — *Du cas où la victime est étrangère.*

XVI. Les principes généraux sur lesquels j'ai établi le droit de poursuite d'office, dans le cas où la victime est française, semblent appeler l'application des mêmes règles dans le cas où la victime est étrangère; la loi française n'interdit pas moins le crime contre l'étranger que contre le Français; et si l'on admet que la loi pénale appartient au statut personnel, il faut bien reconnaître que le droit de notre justice de demander compte au Français de ses actes criminels commis à l'étranger ne saurait être paralysé et anéanti par cette seule circonstance que ces actes ont été dirigés contre un étranger..... Néanmoins, on ne peut dissimuler quelques nuances assez délicates qui distinguent ce cas de celui où la victime est française, ni passer sous un dédaigneux silence certaines considérations dont la gravité commande une attention toute particulière.

XVII. Ces considérations frappèrent surtout la commission de la Chambre des pairs, chargée, en 1843, d'étudier le projet présenté par le gouvernement.

La commission acceptait bien les principes que je me suis efforcé de faire prévaloir; elle reconnaissait que ces principes sont encore justes lorsque la victime est étrangère; elle proposa néanmoins d'en subordonner l'application, dans ce dernier cas, à l'existence de conventions diplomatiques basées sur le principe de la réciprocité; la commission, dont l'amendement

[1] V. t. XX, p. 554.

fut soutenu à la tribune par MM. Franck-Carré, de Broglie, d'Argout, s'appuyait surtout sur la nécessité de sauvegarder notre dignité nationale, peut-être compromise par des concessions qui ne nous seraient pas réciproquement offertes, et aussi sur les inconvénients que l'adoption sans réserves du principe du projet pourrait présenter dans les localités voisines des frontières; M. d'Argout insista sur ce point, et fortifia l'autorité de son talent de l'expérience personnelle qu'il avait acquise dans les fonctions de préfet des Basses-Pyrénées; sans la nécessité d'une convention diplomatique comme condition *sine quâ non* du droit de poursuivre le crime commis contre un étranger, les accusés français perdraient toutes les garanties de leur défense; les témoins à charge se présenteraient en effet avec empressement, et les témoins à décharge s'abstiendraient tous; de plus, les frontières deviendraient le théâtre d'incessantes entreprises criminelles de la part des étrangers que ne retiendrait pas la crainte des représailles auxquelles les Français n'oseraient plus se livrer, puisqu'elles allaient les exposer aux poursuites de la justice française.

MM. Martin du Nord, garde des sceaux, Mérilhou, de Gabriac, Villemain, de Barthélemy, combattirent ces idées, contraires, suivant eux, aux principes du droit de punir; ils soutinrent que la réciprocité ne touche à la dignité de la France que relativement aux mesures que le gouvernement voudrait prendre dans l'intérêt des gouvernements étrangers; mais que, quant aux mesures prises par la France dans son propre intérêt, dussent les étrangers, par surcroît de fortune, en retirer profit, sa dignité n'est nullement engagée à ce que, par réciprocité, les gouvernements étrangers prennent la même mesure. M. de Gabriac ne manqua pas de citer l'exemple de l'abolition des droits d'aubaine, dont la France prit résolûment et sans réserve l'initiative.

C'est qu'en effet nous ne sommes plus au temps où l'on évitait avec un soin jaloux d'introduire dans la loi un principe dont auraient pu tirer avantage les nations voisines; il fut une époque où la crainte de rendre un signalé service à l'étranger nous eût déterminés peut-être à sacrifier nos véritables intérêts à nos rancunes ou à nos préjugés..... Grâce à Dieu, notre siècle a mieux compris et sait mieux pratiquer les devoirs qu'impose le droit international et humain : les mœurs s'adoucissent, les

intérêts se mêlent et se confondent, la rapidité des voies de circulation, en rapprochant les individus, crée entre les nations un lien tous les jours plus étroit; les lois civiles franchissent les frontières, les lois du commerce les ignorent, le droit de la guerre abdique son âpreté, le droit maritime lui-même oublie ses antiques rigueurs; les lois pénales doivent-elles donc seules résister à cet heureux mouvement, et les paroles de M. de Gabriac ne seraient-elles pas aujourd'hui plus vraies encore qu'elles ne le furent en 1843?

Les orateurs qui s'opposèrent à l'amendement de la commission firent en outre remarquer que l'organisation judiciaire de certains pays était presque incompatible avec l'existence de conventions diplomatiques telles qu'on prétendait les exiger; qu'ainsi l'amendement lierait à tout jamais les mains à la justice à l'égard des crimes commis dans ces pays par un Français contre leurs nationaux; que ceux des États dont la constitution se prêterait à de semblables conventions s'empresseraient sans doute de les consentir, et qu'ainsi, sans que les conventions diplomatiques pussent être jamais une entrave, la France en pourrait de fait recueillir le bénéfice. Ils protestèrent contre un amendement qui, suivant eux, rabaissait la question et détournait le projet de son but élevé en lui enlevant son cachet de morale universelle. Ils insistèrent enfin sur le scandaleux contraste qui ne manquerait pas de se produire entre la poursuite exercée contre l'auteur d'un crime commis en Belgique contre un Belge, si la Belgique a consenti à se lier par une convention diplomatique, et l'impunité assurée à l'auteur du crime commis en Prusse contre un Prussien, si la Prusse, moins éclairée, a refusé de signer une telle convention.

Ces considérations, que je me borne à rapidement analyser pour ne point élargir outre mesure le cadre de mes observations, déterminèrent la Chambre des pairs, et cette Chambre rejeta, dans sa séance du 17 mai 1843, l'amendement de sa commission.

Trop heureux d'abriter mon opinion sous un aussi illustre patronage, je voudrais que l'on retînt le principe dans toute sa généralité et que l'on décidât que le crime commis à l'étranger par un Français, soit contre un Français, soit contre un étranger pourra, au retour en France du coupable, être l'objet de poursuites dirigées d'office par le ministère public.

XVIII. Enfin il est un dernier point sur lequel il convient de prendre parti.

La victime est française ou étrangère, il n'importe; mais il se peut que la justice étrangère ait poursuivi et jugé le coupable : le Code d'instruction criminelle, dans ce cas, lie les mains à la justice française, s'il s'agit d'un crime prévu par l'article 7, et lui laisse toute sa liberté d'action, s'il s'agit d'un crime prévu par l'article 5.

J'aperçois bien le motif de cette distinction; j'avoue que je ne puis en reconnaître la légitimité : à mon sens, elle doit donc être effacée, et il faut dire que l'action de la justice française sera *toujours* éteinte lorsque le coupable aura été poursuivi et jugé par les tribunaux étrangers; mais il importe de ne pas se méprendre sur les motifs qui me déterminent.

Cette disposition, bien loin d'être contraire aux principes généraux sur lesquels j'ai établi le droit de la justice française, en est la conséquence nécessaire et la consécration formelle. J'ai dit, en effet, que toute loi pénale a un caractère mixte; qu'elle appartient au statut *réel* et en même temps au statut *personnel*, et de son caractère *réel* j'ai conclu au droit pour le souverain étranger de frapper le Français qui s'est rendu coupable d'un crime, dans l'étendue de sa souveraineté territoriale; le Français se trouve ainsi sujet de deux lois pénales, justiciable de deux juridictions..... Mais il est bien clair que s'il a été jugé par l'une, l'autre perd sa compétence..... Un exemple rendra cette vérité sensible : l'action civile en réparation d'un délit peut être indifféremment portée devant les juges de répression ou devant les juges civils : il y a une double compétence; mais si la partie lésée s'est jointe au ministère public comme partie civile, et a exercé ses droits devant la juridiction criminelle, elle ne peut plus saisir à nouveau la juridiction civile : l'action de l'un des tribunaux paralyse à l'avenir l'action de l'autre. Eh bien! lorsque le Français a été jugé à l'étranger, il se passe quelque chose de semblable : la compétence de la justice française n'aurait plus sa raison d'être, et je la décline; si je la décline, ce n'est donc pas par respect pour la souveraineté étrangère, dont les droits rigoureux n'exigent pas ce sacrifice; c'est par application d'une maxime qui est toute française, en même temps qu'elle est du droit des gens, la maxime *non bis in idem*.

§ 2. — Des crimes commis a l'étranger par un étranger.

XIX. Les développements que j'ai donnés à la discussion me permettent de la restreindre ici et de la borner à l'affirmation de quelques règles sur lesquelles un dissentiment sérieux me paraît peu probable.

Il n'est pas contestable qu'en principe la loi pénale soit sans autorité sur les étrangers : elle ne peut les atteindre que par la force du statut réel auquel elle appartient et, par conséquent, dans les limites de l'article 3 du Code Napoléon, c'est-à-dire quand ils résident en France, et à raison de faits dont ils se sont rendus coupables en France. M. Dupin, en 1842, parlait en termes fort justes, lorsqu'il disait : « Pour être obligé par la loi pénale, il faut en être le sujet, ou *d'origine* ou *accidentellement.* » Et si je prends la liberté de n'admettre pas les conclusions du célèbre jurisconsulte, ses prémisses me paraissent hors de controverse. Or l'étranger ne devient accidentellement sujet de la loi française que lorsqu'il réside en France; le principe de toute peine est l'infraction à la loi dont on est le sujet d'origine, ou sous laquelle on vit au moment où l'infraction est commise : l'étranger, qui ne vit sous la loi pénale française que s'il réside en France, ne peut donc être réputé enfreindre cette loi et en être frappé que si l'acte coupable a été commis en France : on n'enfreint pas une loi que l'on n'est pas tenu de suivre. *Le crime* commis en pays étranger par un étranger échappe donc, de sa nature, à l'action de la justice répressive française. Ces principes s'imposent : on ne les démontre pas.

XX. Mais cette règle est-elle absolue? Oui, incontestablement, si l'on n'écoute que les exigences de la logique pure..... Mais nous voici aux prises avec de bien puissantes considérations; certains crimes, ceux dont l'article 5 actuel donne l'énumération, n'ont-ils pas une gravité tellement exceptionnelle que la société française puisse trouver dans le droit de sa défense, et surtout dans le caractère même qui distingue ces crimes de tous autres, la puissance de les atteindre toujours, quels qu'en soient les auteurs, quelque restrictifs que soient les principes que je viens de rappeler? N'est-ce pas le cas de faire à l'ordre public le douloureux sacrifice des règles d'une

logique mathémathique, et l'article 6 ne devrait-il pas être maintenu?

XXI. Il faudrait se préoccuper également du cas exceptionnel où le crime dont l'étranger s'est rendu coupable en pays étranger a été commis contre la personne ou les biens d'un Français. — Ici encore l'inflexible rigueur des principes semblerait exclure toute possibilité de poursuites..... Mais d'un autre côté la loi française, qui, partout, oblige le Français, ne doit-elle pas partout le protéger? Et si le criminel et sa victime viennent à se trouver face à face en France, qui devrons-nous écouter? Le criminel qui excipe de son extranéité et repousse la loi dont il pourrait cependant réclamer la protection, ou bien la victime qui implore le secours de cette loi qui est celle de son pays? Les vrais principes nous poussent-ils jusqu'à de si cruelles extrémités? Et ne serait-ce pas alors qu'il faudrait dire, avec les jurisconsultes, *summum jus, summa injuria?* Lorsque les doutes assiégent ainsi la raison, ne pourrait-on se décider par les sympathies, et à un criminel étranger même armé d'un principe rigoureux, préférer la victime française implorant une équitable exception? Quoi qu'il en soit, cette extension du droit de poursuite ne devrait avoir lieu que s'il s'agit d'un crime et non d'un simple délit. Il est en outre sans difficulté que l'étranger pourrait exciper de la règle *non bis in idem* telle que je l'ai définie au n° 18.

§ 3. — Des délits.

XXII. A justement parler, les délits ne diffèrent des crimes que par le degré de gravité dans le fait, de corruption chez l'agent, ou par certaines circonstances qui, sans ajouter à l'odieux du fait, ajoutent cependant à ses dangers, et, sans supposer l'agent plus pervers, rendent cependant ses entreprises plus menaçantes : le droit pour la société de frapper le coupable a donc même origine et même étendue, soit qu'il s'agisse d'un fait qualifié crime, soit qu'il s'agisse d'un fait qualifié délit.

Aussi, fort des principes que j'ai soutenus, n'hésiterais-je pas à reconnaître à la justice française le droit de poursuivre, en France, le Français auteur d'un délit aussi bien que d'un crime commis en pays étranger.

XXIII. Mais ici encore ne subit-on pas l'influence des faits, influence telle que nous soyons, quelque à regret, forcés de faire fléchir la logique absolue des principes?

En 1842, devant la Chambre des députés, un amendement fut présenté, ainsi conçu : « Néanmoins, les délits ne pourront « être l'objet de poursuites que sur la plainte de la partie lésée. » C'était assimiler tous les délits commis en pays étranger à quelques délits spéciaux, pour la répression desquels la poursuite publique ne peut être engagée que sur la plainte de la partie lésée. Le pouvait-on sans compromettre les principes? J'inclinerais volontiers à le penser, et peut-être même est-ce par cette assimilation que le principe peut se sauver en devenant plus praticable pour les simples délits..... La gravité moins grande des faits qualifiés délits, la multiplicité des délits ruraux et forestiers dont les frontières sont le théâtre, les difficultés de l'instruction ainsi décuplées, alors que la poursuite est moins nécessaire et l'ordre public moins offensé, l'importance généralement moins considérable des intérêts qui ont droit à la protection de la loi; le caractère plus privé que public de ces intérêts; toutes ces considérations, enfin, par lesquelles MM. Martin du Nord et Odilon Barrot obtinrent pour l'amendement les suffrages de la Chambre des députés, doivent, ce me semble, déterminer à retenir sévèrement le principe, mais à en organiser l'application sur des bases particulières. Ce qu'il faut en effet, c'est affirmer le droit de poursuivre l'auteur du fait condamnable, c'est que le coupable ne soit jamais *assuré* de l'impunité, c'est qu'il ne se sache pas protégé par une exception puisée dans les prérogatives de la souveraineté étrangère, c'est qu'il apprenne que ces prérogatives n'existent pas, et qu'il se sente éventuellement à la merci de la personne offensée et de la justice de son pays lorsqu'il y rentrera. — Eh bien! la nécessité d'une plainte préalable n'empêche pas cette menace d'être suspendue sur sa tête; elle déplace pour lui le danger, mais ne le fait pas disparaître; et surtout elle n'empêcherait pas que la loi eût répudié la doctrine de la territorialité absolue pour adopter celle de la personnalité; le droit pour la société d'atteindre le coupable n'en resterait pas moins affirmé, et c'est là, pour moi, l'essentiel.

§ 4. — Quelle sera la peine appliquée?

XXIV. Cette question ne saurait, à mes yeux, soulever une véritable controverse.

Le Français peut-être poursuivi pour un crime ou un délit par lui commis en pays étranger, parce que la loi pénale est personnelle et l'a suivi en ce pays, parce qu'il n'avait pas le droit d'y enfreindre cette loi; il ne peut donc être frappé que des peines qui y sont édictées. Le frapper suivant les dispositions des lois étrangères, si ces lois sont plus douces que les nôtres, ne le point frapper si le fait dont il s'est rendu coupable n'est qualifié ni crime ni délit par la loi étrangère, comme le proposait M. Barthe à la Chambre des pairs [1], ce serait évidemment abandonner le principe même sur lequel repose le droit de le frapper; ce serait en outre rendre la loi étrangère souveraine en France. — Que s'il s'agit d'un étranger poursuivi dans l'un des cas où la poursuite serait possible contre lui, la loi française serait seule encore applicable. Cette poursuite, en effet, n'est possible que par une sorte de fiction que commandent l'ordre public et la sécurité de la France, et par laquelle l'étranger, assimilé au Français, a pu être considéré comme tenu de respecter la loi française.

C'est donc cette loi, et cette loi seule, qu'il serait possible et raisonnable d'appliquer.

XXV. En résumé :

Au principe de la territorialité de la loi pénale, mal compris, je le crois, et incomplétement appliqué par le Code d'instruction criminelle, je voudrais substituer le principe plus moral et plus sûr de la personnalité de la loi pénale; aux restrictions de l'article 7, quant à la spontanéité de la poursuite et quant à la nationalité de la victime du crime, je voudrais substituer l'action libre et éclairée de la justice et la répression de tout crime, quelle que soit la personne contre laquelle l'attentat est dirigé; — au lieu de l'impunité absolue, assurée aux faits qualifiés délits, je voudrais, pour la société, le droit de réprimer le mal quand la partie intéressée le lui dénoncera; je voudrais enfin armer la société du droit d'atteindre même l'étranger

[1] Séance du 18 mai 1843, *Moniteur* du 19.

qui, sous le couvert de son extranéité et par la puissance de la ligne idéale des frontières, aura tenté de bouleverser l'État et n'aura pas craint de venir ensuite braver chez elle la nation qu'il a ébranlée, ou chez lui le Français qu'il a choisi pour victime. On aurait ainsi restitué à la loi pénale le caractère qui lui est propre, et à la justice tout le pouvoir dont cesseraient de jouir insolemment ceux qui font état de braver toutes les lois.

Aug. POUGNET.

DU JURY.

DE LA POSITION DES QUESTIONS AU JURY EN MATIÈRE CRIMINELLE.

Par M. Th. Bazot,
docteur en droit, procureur impérial à la Réole (Gironde).

SIXIÈME ARTICLE[1].

Il arrivera quelquefois que l'irrégularité de la réponse proviendra d'une question mal posée; la Cour d'assises pourra-t-elle, en renvoyant le jury dans la chambre de ses délibérations, modifier la question? La Cour de cassation, dans un arrêt du 7 novembre 1850, a admis l'affirmative; quant aux auteurs, ils sont divisés d'opinion. M. Cubain pense que la position des questions est définitivement fixée dès que le jury s'est retiré dans la chambre de ses délibérations; M. Dalloz émet l'avis que le président des assises peut, s'il s'aperçoit de l'erreur assez à temps pour empêcher la manifestation de la pensée du jury, modifier à ce moment-là, mais non plus tard, la question qu'il avait précédemment posée.

Je ne saurais adopter le sentiment de ces deux honorables auteurs, et je m'arrête à une distinction qui me semble plus juridique : ou bien le jury a fait à la question une réponse régulière, c'est-à-dire complète, lucide et manifestée suivant les formes légales; ou bien cette réponse est au contraire incomplète, ou contradictoire, ou entachée d'une irrégularité irri-

[1] V. le présent tome, p. 340.

tante. Dans la première hypothèse, l'erreur du président des assises, sauf un cas que nous indiquerons dans un instant, est irremédiable, et il y a, dans la déclaration faite par le jury, un droit acquis pour l'accusé. En effet, la réponse peut être négative, et alors elle entraîne l'acquittement; si la question était changée, la réponse nouvelle pourrait être affirmative et entraîner la condamnation. Les articles 350 et 409 du Code d'instruction criminelle rendent, à mon sens, cette solution incontestable. Le premier de ces textes dispose que la déclaration du jury est irréfragable; or on ne peut nier que ce principe s'applique à une réponse régulière : autrement il serait sans portée. L'article 409 décide que l'annulation de l'ordonnance d'acquittement ne peut être poursuivie que dans l'intérêt de la loi, *sans pouvoir préjudicier à la partie acquittée*. L'accusé, en présence de la réponse négative du jury, n'est pas encore acquitté, mais il doit l'être; il ne saurait donc souffrir d'une erreur commise par le président des assises. Quant à l'interprétation proposée par M. Dalloz, elle me semble puérile; cet auteur permet le changement de la question tant que le chef du jury (qu'on me pardonne cette forme triviale) n'a pas ouvert la bouche pour prononcer le verdict. Mais n'est-il pas évident que la déclaration du jury appartient à l'accusé et à la société dès qu'elle est sortie de l'urne? A ce moment-là il n'est plus au pouvoir de personne de la modifier; ce qui reste à faire consiste dans l'accomplissement de formes purement matérielles. La Cour elle-même devra s'incliner devant la volonté du jury si elle est certaine et régulièrement formulée; mais, avant qu'elle puisse exercer cette appréciation, il faut qu'elle entende la lecture du verdict, et elle n'a pas le droit d'en empêcher la manifestation.

Dans la deuxième hypothèse, lorsque l'obscurité ou l'irrégularité de la déclaration du jury ont forcé la Cour d'assises à le renvoyer dans la chambre de ses délibérations, la question peut être changée. Alors, en effet, il n'y a plus de verdict, et les choses sont replacées dans le même état qu'au moment de la remise des questions aux jurés pour la première fois. Le ministère public et l'accusé ne peuvent se plaindre s'ils sont admis à présenter leurs observations sur la nouvelle position des questions. Dès que le jury est appelé à délibérer de nouveau, toutes les parties intéressées recouvrent l'intégrité de leurs droits, et la Cour la souveraineté de son appréciation.

M. Cubain, à l'appui de l'opinion contraire, a présenté le raisonnement suivant : « D'une part il n'est au pouvoir de personne « de faire sortir le jury de la chambre de ses délibérations pour « lui soumettre de nouvelles questions ou pour modifier les « questions qui ont été posées. » — Rien de plus vrai ; mais ici il ne s'agit pas d'interrompre une délibération commencée, le jury est sorti de lui-même et il rentre volontairement dans la chambre de ses délibérations. « D'autre part, lorsque le jury « ayant terminé sa délibération est rentré dans la salle d'au- « dience, on ne peut modifier les questions qui lui ont été « posées, *car ce serait annuler sa délibération.* » — Le scrupule est étrange ! En maintenant les questions primitives, respecterait-on davantage la délibération du jury dès qu'on l'invite à en prendre une seconde et à changer sa déclaration ?

Cette distinction est conforme à l'esprit de notre législation criminelle ; elle n'a pas été formulée par la Cour suprême, mais je la crois en harmonie avec la jurisprudence fondée par l'arrêt de 1850. C'est ici le moment de mentionner une restriction que nous avons annoncée plus haut : la déclaration du jury claire et régulièrement conçue ne forme un droit acquis pour l'accusé *qu'autant qu'elle purge l'accusation ;* si elle est incomplète à ce point de vue, bien que répondant complétement à la question posée, le président des assises peut, même après la lecture à l'accusé et avant qu'il ne soit intervenu de décision, modifier en la complétant la question primitive. C'est là surtout le point consacré par l'arrêt de 1850, et il convient d'en rapporter les termes : « Attendu, en droit, que pour servir de base à une « décision de la Cour d'assises portant soit l'acquittement, « soit l'absolution, soit la condamnation de l'accusé, la décla- « ration du jury doit être complète, en ce sens qu'elle s'ex- « plique d'une manière expresse sur le *fait principal* qualifié « dans l'arrêt de renvoi, et par conséquent présenté, par cet « arrêt, comme devant en déterminer le caractère légal ; — « que l'article 350 du Code d'instruction criminelle, qui porte « que la déclaration du jury ne peut être soumise à aucun re- « cours, ne peut s'entendre que d'une déclaration purgeant « l'accusation, et que ce n'est que lorsque cette condition existe « que cette déclaration peut être acquise soit à l'accusé, soit « à la vindicte publique..... »

Je suis, par l'enchaînement des idées, amené à signaler une

difficulté qui a beaucoup de rapports avec la précédente : la Cour d'assises peut-elle, après la lecture du verdict, lorsqu'on découvre un fait nouveau de nature à influer sur la preuve des faits de l'accusation ou sur l'application de la peine, annuler la clôture des débats, ouvrir la discussion sur ce fait et poser les questions en suivant les formes ordinaires? La Cour de cassation a décidé l'affirmative par un arrêt du 16 juin 1820 : cette décision est extrêmement remarquable aussi bien par la forme magistrale de sa rédaction que par la doctrine qu'elle consacre ; c'est là un de ces arrêts de principe qui portent la forte empreinte du savant président Barris. Il serait téméraire de combattre une opinion aussi puissamment affirmée, plus téméraire encore de chercher à la motiver plus amplement : toutefois le recueil de M. Sirey contient une note que je demande la permission de citer, car elle est à la hauteur de l'arrêt et peut aller de pair avec lui. La voici : « la Cour de cassation sort ici des dispositions du Code ; elle introduit par sa seule autorité une exception non prévue par la loi aux règles de la procédure. Mais, il faut le reconnaître, cette exception est commandée par la nature même des choses, elle est justifiée par les intérêts sacrés de la justice et des accusés. En effet, la Cour d'assises devrait-elle donc faire abstraction du fait nouveau dont la gravité modifierait l'accusation, parce qu'il ne serait connu qu'après la déclaration du jury? Les formes ont été établies pour protéger le fond et non pour le falsifier. Il est évident que la révélation d'un fait qui ébranle les bases de la déclaration du jury, doit annuler cette déclaration tant que la Cour d'assises est encore saisie de l'affaire, tant qu'elle conserve la puissance de compléter les débats. Quels motifs s'opposeraient à cette instruction nouvelle? Le respect pour la déclaration du jury, mais cette délibération se trouve incomplète ; elle n'est pas détruite ; les jurés sont appelés à délibérer de nouveau. Objectera-t-on que cette déclaration était claire et complète sur les faits de l'accusation? Mais ces faits, en se modifiant, exigent de nouvelles questions, une nouvelle délibération. Dira-t-on que les pouvoirs des jurés sont épuisés? Mais leur mission est de juger les faits de l'accusation, elle s'étend donc à toutes les modifications de ces faits ; tant qu'ils sont là, en présence de la Cour d'assises, sur leurs siéges de juges, partie intégrante de la Cour, leur mission n'est pas terminée ;

les faits nouveaux appellent leur délibération par cela seul qu'ils s'enchaînent aux premiers, qu'ils en altèrent le caractère. Et quelle serait donc la tâche de la Cour d'assises? Renverrait-t-elle à une autre session? Elle ne le pourrait pas : les jurés ne se sont point trompés au fond, aucune erreur ne leur est imputable, l'article 352 est inapplicable. La Cour devrait donc appliquer les peines légales à des faits dont elle connaîtrait l'erreur et la fausseté; il est impossible d'admettre cette conséquence par simple respect pour quelques formes. Le jugement n'est pas encore rendu; des faits nouveaux se révèlent et modifient le caractère de l'accusation; il est naturel et raisonnable de rouvrir les débats, et d'apprécier la mesure d'influence de ces faits sur les premiers. La loi n'a pas prévu cette mesure, mais elle ne s'oppose pas à ce qu'elle soit prise, et la justice n'a qu'à y applaudir. »

La Cour d'assises peut seule ordonner le renvoi des jurés dans leur chambre; le ministère public et le défenseur peuvent provoquer cette mesure; l'arrêt qui l'ordonne doit être motivé; ces solutions sont incontestées.

Mais voici un point plus délicat: l'accusé qu'on a éloigné pendant que le chef du jury donnait lecture du verdict devra-t-il être présent à la prononciation de l'arrêt et à la discussion qui le précédera, s'il s'en établit une? La Cour de cassation ne reconnaît pas la nécessité de la présence de l'accusé (Cass., 11 avril 1817, 11 mars 1841, 14 avril 1851, 24 avril 1851, 7 oct. 1852, 27 décembre 1855); il suffira que le défenseur soit entendu (Cass., 28 janv. 1830, 22 juill. 1842).

Je ne saurais me plier à cette opinion qui me semble contraire aux principes généraux. La question de renvoi, ainsi que l'a dit M. Cubain, présente un incident de la plus haute importance : il n'en est pas qui mette plus en péril les intérêts de l'accusé. En effet la réponse qu'on prétend irrégulière ou incertaine est négative; or, si le jury est renvoyé à délibérer, il peut rapporter une déclaration affirmative. En d'autres termes l'accusé était acquitté, il pourra être condamné. En présence de ce danger qui le menace, ne sera-t-il pas admis à soutenir que le verdict a un sens précis et qu'il n'est entaché d'aucune irrégularité? — On accorde la parole au défenseur! Mais cette concession faite par la Cour suprême est, à mon avis, la meilleure réfutation de son système: l'accusé n'est-il pas l'arbitre

souverain de sa défense ? Ne faut-il pas qu'il soit toujours présent (sauf les cas prévus par la loi de 1835) pour autoriser la plaidoirie de son avocat, et, s'il en a le pouvoir, pour présenter lui-même, s'il le veut, ses moyens de défense ? — On fait remarquer que la loi elle-même a ordonné l'éloignement de l'accusé et que par conséquent l'absence de celui-ci est légale ; tel est sans doute le cours normal de la procédure, mais les incidents doivent y apporter quelques modifications. L'accusé ne doit pas être en face du chef du jury donnant lecture du verdict, mais cette lecture a eu lieu, le chef du jury s'est rassis, rien ne s'oppose plus alors à la rentrée de l'accusé. Supposons qu'à ce moment-là on découvrît un nouveau fait de nature à influer sur l'accusation, et que le président des assises annulant la clôture des débats ouvrît la discussion sur ce fait, dirait-on encore : l'accusé est légalement absent ; le défenseur seul sera admis à présenter des observations? Qui voudrait jamais consentir à une pareille violation des droits sacrés de la défense ? Et cependant l'argument serait le même!

La Cour d'assises n'apprécie pas souverainement la nécessité du renvoi, Un arrêt du 8 octobre 1840 l'avait d'abord décidé, mais cette jurisprudence a été abandonnée et devait l'être. En effet, la Cour d'assises ne peut pas faire perdre à la société ou à l'accusé le bénéfice d'une déclaration régulière ; la Cour de cassation doit donc exercer ici son utile contrôle.

Quels sont les effets du renvoi du jury dans la chambre de ses délibérations ? M. Cubain présente à cet égard une distinction qui nous paraît aussi juridique que raisonnable : ou bien les irrégularités du verdict porteront sur la forme extrinsèque (défaut de signature, ratures non approuvées, interlignes, etc., etc.), ou bien elles toucheront au fond de la déclaration (réponses incomplètes ambiguës, incertaines, contradictoires, etc.). Dans le premier cas les jurés doivent, en conservant le résultat de la première délibération, se borner à faire disparaître l'imperfection matérielle ; dans le deuxième cas, ils doivent ouvrir une nouvelle délibération.

Dans cette dernière hypothèse toutefois, il convient de remarquer que l'irrégularité d'une réponse n'entraînera pas toujours la révision par nouveau scrutin de toutes les autres. Les déclarations régulières qui peuvent se séparer de la réponse vicieuse sont acquises à l'accusé et à l'accusation ; mais ce

point constitue une appréciation fort délicate. Il est des applications certaines qui, si elles ne font pas entrer bien avant dans la difficulté, ont au moins l'avantage de faire bien comprendre le principe. Le jury a été interrogé par deux questions séparées sur deux crimes différents ; la réponse faite à la première est régulière, mais la déclaration intervenue sur la seconde est obscure ; cette dernière seulement devra être soumise à une nouvelle délibération. Le président des assises a interrogé le jury sur un crime unique, mais, pour faciliter la tâche des jurés, il a distribué dans plusieurs questions les circonstances constitutives du crime ; l'irrégularité d'une réponse partielle nécessitera la révision de toutes les autres.

En dehors de ces hypothèses dans lesquelles l'indépendance ou l'indivisibilité des réponses éclatent à tous les yeux, la jurisprudence offre de nombreux exemples où les faits et les circonstances qui les accompagnent ont entre eux des rapports plus difficiles à déterminer. Dans cette occurrence, tels auteurs inclinant vers le principe de l'irréfragabilité partielle de la réponse du jury, tendent à isoler certaines de ses déclarations pour en faire bénéficier l'accusé ; d'autres criminalistes plus rigoureux ou plus logiques cherchent à maintenir entre les diverses parties de l'accusation les rapports qui les unissent, et, craignant que l'accusation scindée ne soit altérée dans son essence, ils s'efforçent de replacer la seconde délibération dans les mêmes conditions que la première.

Grave et important problème qu'il serait intéressant d'étudier ! Mais je ne saurais m'engager davantage sans beaucoup m'éloigner de mon but.

Le jury peut être renvoyé plusieurs fois dans la chambre de ses délibérations.

Enfin le jury, en rectifiant sa déclaration, ne doit pas la supprimer, car autrement la Cour de cassation serait mise dans l'impossibilité d'apprécier deux points qui doivent toujours être contrôlés par elle : 1° y avait-il lieu à une deuxième délibération ? 2° la Cour d'assises a-t-elle tenu compte des déclarations partielles non annulées ? (Cass., 18 novembre 1819.)

J'aurais maintenant, en suivant le développement logique de cette matière, à rechercher dans quels cas les déclarations du jury doivent être réputées incomplètes, ambiguës, contradictoires, surabondantes, irrégulières. Mais cette revue dépasserait

les limites que je me suis imposées; du reste, la meilleure étude à faire sur ce point consiste dans la lecture des arrêts.

Me voici arrivé au terme que je m'étais assigné : dans ce travail j'ai poursuivi exclusivement une œuvre d'interprétation. Le sentiment de mon insuffisance m'interdit d'examiner le jury à un autre point de vue; mais, si toute mon ambition s'est bornée à exposer quelques-unes des règles qui gouvernent cette institution, mes vœux vont au delà, et, attentif à la voix des magistrats éminents qui signalent avec autorité les améliorations possibles en cette matière, je reste plein de confiance dans l'avenir.

ADDITION.

Depuis que cette étude sur le jury est composée, la littérature juridique s'est enrichie du neuvième volume de l'ouvrage de M. Faustin Hélie sur l'Instruction criminelle; de plus, la jurisprudence, continuant son travail d'interprétation, a ajouté un assez grand nombre d'arrêts sur la matière.

Sans avoir l'ambition de tirer ma dissertation de l'oubli auquel la condamnent justement le temps écoulé et l'œuvre importante de M. Faustin Hélie, je voudrais, dans les limites d'une simple note, analyser ces nouveaux documents acquis à la science.

Sur la plupart des points que j'ai traités, j'ai l'honneur de me trouver d'accord avec M. Faustin Hélie; mais si je puis être fier de cette rencontre, je n'ai pas le droit de m'en attribuer le plus petit mérite. Il ne paraît pas, en effet, que le savant magistrat ait eu connaissance de mon travail, puisqu'il cite avec un soin scrupuleux les sources où il puise, et qu'il ne mentionne pas ma dissertation.

Il est, toutefois, des points importants sur lesquels je reste en divergence avec le savant commentateur, et c'est sur ceux-là que je désire revenir brièvement. En les soumettant à des réflexions nouvelles, je me suis efforcé de me dégager de moi-même et j'ai la conscience d'y avoir réussi; aujourd'hui une étude plus approfondie a encore affermi ma conviction qui demeure toujours la même.

Je n'ai pas la prétention de réfuter ici l'opinion de M. Faustin Hélie; il faudrait y consacrer et plus d'efforts et plus d'espace.

Mais l'analyse rapide que j'en veux faire aura au moins l'avantage d'appeler de nouveau l'attention du lecteur sur des difficultés dignes du plus sérieux examen.

Au seuil de la matière, le savant magistrat pose le principe de la séparation du fait et du droit, et de la double compétence du jury et de la Cour d'assises. Comme nous, il fonde cette règle sur l'étude des législations de 1791 et de l'an IV, sur les travaux préparatoires, sur les textes du Code d'instruction criminelle, sur la nature de l'institution du jury. Mais en même temps il fait pressentir des *exceptions* à cette règle pour les cas *où la loi n'a pas défini les éléments constitutifs du crime et pour ceux où elle autorise la position d'une circonstance de fait dans les termes mêmes de la qualification.*

Plus loin, tome IX, p. 69, M. Hélie enseigne que le président des assises peut, dans la rédaction des questions, *soit substituer la définition légale du crime ou de la circonstance au fait défini, soit énoncer le fait défini au lieu de la définition.*

Enfin, dans le même tome, p. 72, le même auteur professe que les questions doivent *nécessairement* contenir : 1° la moralité du fait, 2° la spécification du fait, 3° *les éléments exigés par la loi pour que le même fait constitue soit un crime ou un délit, soit une circonstance aggravante ou une excuse.*

Je crains bien que M. Faustin Hélie, par suite de ces diverses modifications qu'il a fait subir à la règle, ait fini par en rendre la portée illusoire. Qu'on en juge :

Ou bien il s'agit d'un crime qui n'a pas été défini par la loi (le viol, l'attentat à la pudeur), et alors M. Faustin Hélie soutient qu'il y a nécessité pour le président des assises d'employer dans la question l'*expression légale;* ou bien, au contraire, il s'agit d'un crime défini par la loi, et alors le même auteur enseigne que le président aura la faculté de substituer *au fait défini la définition légale.*

Je soutiens qu'interroger le jury en ces termes c'est l'appeler à décider des questions de droit. En effet, demander au jury si les faits de l'accusation présentent le caractère d'un crime non défini par le fait, ou si ces faits rentrent dans les termes d'une définition légale, c'est évidemment lui poser une question de droit, puisque le jury, pour répondre à des questions ainsi formulées, devra dans l'un et l'autre cas être édifié sur le sens et la portée de la loi. Comment échapper à cette nécessité, si l'on

adopte le mode de rédaction indiqué par M. Faustin Hélie?

A une question ainsi formulée, l'accusé est-il coupable d'avoir à..., le..., commis le crime de *viol* sur telle personne, comment le jury pourrait-il répondre s'il ne décide préalablement quelles sont les conditions légales du crime de viol? Or cette dernière recherche constitue, ou je me trompe fort, une question de droit. On n'évite pas cet inconvénient en reproduisant, dans la question, les termes mêmes de la définition légale lorsque l'accusation a pour objet un crime défini par la loi; en effet, le jury appelé à décider si les faits relatés dans l'acte d'accusation constituent une *soustraction frauduleuse*, par exemple, aura besoin de se faire une opinion juridique sur la valeur légale de ces expressions. .

Ce mode alternatif de poser les questions embrasse toutes les hypothèses, car il s'agira toujours d'un crime défini ou non défini par la loi; en le suivant on appelle le jury à remplir une tâche au-dessus de ses forces; on lui donne à résoudre dans tous les cas des questions de droit, et, s'il en est ainsi, il me semble que cette règle fondamentale de la séparation du fait et du droit demeure sans application.

La critique est plus saillante encore à l'égard du passage emprunté à la page 72. M. Faustin Hélie enseigne que les questions devront *nécessairement* contenir: 1° la moralité du fait; 2° la spécification de ce fait; 3° *les éléments exigés par la loi pour constituer soit un crime ou un délit, soit un circonstance aggravante, soit une excuse*. Cette indication venant après la moralité du fait et la spécification de ce fait, ne peut évidemment se rapporter qu'à la *qualification*. Or rendre le jury juge de la qualification n'est-ce pas le rendre juge d'une question de droit.

Pourquoi donc établir, avec une érudition et une force si remarquables d'ailleurs, une règle qu'on signale comme un principe fondamental pour la rendre ensuite presque chimérique dans l'application?

En résumé M. Faustin Hélie, après avoir posé comme une règle générale qui souffrait quelques exceptions, le principe de la séparation du fait et du droit, est amené, dans la suite de son commentaire, à limiter l'application de cette règle à deux cas seulement: 1° la question de commercialité en matière de faux en écriture de commerce; 2° la question d'autorité en matière

d'attentat à la pudeur. Ne semble-t-il pas que, dans ces limites, ce soit l'exception qui devienne la règle et la règle l'exception?

Je ne saurais souscrire à cette doctrine, et désormais la meilleure réfutation qu'on en puisse donner est cette partie du commentaire de M. Faustin Hélie où le savant magistrat, avec une argumentation si pressante et une raison philosophique si haute, a établi la théorie de la séparation des pouvoirs, seule conforme aux aptitudes du jury et aux intentions du législateur. Je suis profondément convaincu de l'exactitude de ces principes, et je remercie M. Faustin Hélie de les avoir si bien affermis dans la première partie de son ouvrage; mais je ne puis admettre que cette règle traditionnelle et fondamentale de notre législation aboutisse ainsi à des conséquences presque nulles.

La sagesse des présidents d'assises a eu souvent à arrêter le développement de thèses téméraires et, parmi celles-ci, de l'omnipotence du jury. Comment ne s'aperçoit-on pas que ce mode de position des questions au jury, en dépouillant la Cour d'attributions qui lui appartiennent exclusivement, consacre au profit du jury des pouvoirs excessifs, et qu'il s'établit ainsi, à l'abri de la jurisprudence et d'une pratique presque constante, une véritable omnipotence aussi dangereuse que la première? En vérité, les autorités que je combats sont si imposantes, et la critique que je fais des doctrines qu'elles ont consacrées me paraît si grave que j'éprouve le besoin de demander qu'on me pardonne ma témérité en considération des motifs qui m'inspirent : cette liberté, du reste, ne diminue en rien mon profond respect pour ces autorités.

Je m'explique après cela certaines obscurités qu'on rencontre dans le chapitre où M. Faustin Hélie commente l'article 338. C'est qu'en effet l'étendue du pouvoir qui appartient au président des assises pour la position des questions résultant des débats ne peut être exactement appréciée qu'autant qu'on est bien fixé sur les attributions du jury.

Dans ce chapitre le savant auteur enseigne, conformément à la jurisprudence, que la position d'une question subsidiaire fait *présumer qu'elle résulte des débats*. Nous avons combattu cette présomption légale, véritable création de la jurisprudence, et nous ne pouvons que persister dans notre opinion. Sans

rentrer dans une discussion présentée ailleurs, il est permis d'objecter à M. Faustin Hélie que la solution qu'il adopte sur l'article 338 ne se concilie guère avec celle qu'il professe sur l'article 341. Il ne suffit pas, pour résoudre l'objection, de répondre que l'article 338 n'exige pas de mention au procès-verbal, car l'article 341 ne l'exige pas davantage. Or, si une mention est jugée nécessaire dans le cas de l'article 341, pourquoi ne le serait-elle pas également dans le cas de l'article 338, ou si une présomption légale existe dans le dernier cas, pourquoi ne pas admettre la même présomption dans le premier?

Lorsque je me trouve en désaccord avec M. Faustin Hélie, je suis fort en défiance contre mes propres opinions. Heureusement, dans les développements qui suivent sur la division des questions, les incidents et le verdict, les théories que j'ai présentées sont conformes à celles du savant magistrat : cette communauté de principes me prémunit contre le doute. Seulement, dans cette partie même, je constate dans l'ouvrage de M. Faustin Hélie une certaine hésitation sur la régularité des questions alternatives, hésitation qu'aurait prévenue une foi plus entière dans la règle de la séparation du fait et du droit; je remarque aussi un certain embarras sur la distinction des circonstances constitutives et aggravantes, embarras que paraît avoir engendré la même cause; enfin je n'ai pu contrôler par la doctrine du maître certaines solutions délicates sur quelques points importants, tels que la régularité d'une réponse collective du jury sur les circonstances atténuantes, et la faculté pour le président des assises de poser, après une réponse irrégulière du jury et son renvoi dans la chambre de ses délibérations, une question omise sur des circonstances résultant des débats.

Le livre de M. Faustin Hélie ne doit pas nous faire oublier celui de la jurisprudence, livre constamment ouvert et où sont enregistrées chaque jour des décisions nouvelles qui appellent toute notre attention. La jurisprudence, en cette matière plus qu'ailleurs peut-être, exerce une autorité prépondérante : tout en reconnaissant de nouveau la légitimité de cette influence, je ne saurais pourtant acquiescer à la doctrine consacrée par quelques arrêts récents.

Ainsi un arrêt de la Cour de cassation, du 4 février 1860, consacre, en matière de faux, la régularité des questions posées

sous une forme alternative; un autre arrêt de la Cour suprême, du 19 avril 1860, autorise une formule alternative comprenant tous les modes de complicité prévus par l'article 60 du Code pénal et ne le prohibe que pour la complicité spéciale prévue par l'article 62 du Code pénal.

Je ne veux pas revenir sur la discussion de la régularité des questions alternatives; qu'on me permette à cet égard un renvoi à la dissertation qui précède. Malgré la gravité de ces nouveaux monuments de jurisprudence, je reste convaincu que les formules alternatives sont un embarras sérieux pour le jury d'abord et pour la Cour ensuite, parce qu'elles laissent peser sur la portée du verdict une réelle incertitude. Je l'ai dit ailleurs et je le répète ici : l'usage des formules alternatives, des termes équipollents, se comprend merveilleusement de la part du législateur désireux d'étendre une qualification et d'atteindre ainsi une immense variété de faits qui échapperaient autrement à une répression nécessaire; mais toutes ces complications de langage, si utiles tout à l'heure, deviendraient dangereuses si on les introduisait dans les questions posées au jury.

Dans ce même ordre d'idées, les recueils ont enregistré d'autres arrêts dignes d'attention.

Par un arrêt qui est à la date du 12 août 1859, la Cour de cassation décide : que n'est pas entachée de complicité la question unique posée sur le triple point de savoir *si la victime était la fille naturelle de l'épouse légitime de l'accusé, si elle était mineure et si elle avait une habitation commune avec l'accusé*. La Cour suprême considère que ces trois circonstances sont constitutives de la circonstance aggravante (ce rapprochement de termes qu'on oppose ordinairement peut paraître singulier, mais il est exact) d'autorité. Cette décision me laisse des doutes, et pourtant j'incline à penser qu'elle est plus juridique que l'opinion contraire. Toutefois, si ce mode de poser la question ne saurait devenir un moyen de cassation, je n'hésite guère à considérer cette rédaction comme dangereuse, et je crois qu'au lieu de réunir il serait mieux de diviser.

Mes doutes sont plus grands encore à l'égard d'un arrêt du 15 juin 1860 qui, en matière de soustractions commises par des fonctionnaires publics, proclame la nécessité de confondre dans une question unique *la soustraction, la qualité de comp-*

table, et la circonstance que *les deniers soustraits étaient placés dans les mains de l'accusé en vertu de ses fonctions*. Ces doutes ne sauraient s'effacer devant la raison que l'on donne de cette jurisprudence : en effet, lorsque l'on dit que ces diverses circonstances sont *constitutives* d'un crime *sui generis*, l'argument (en supposant son exactitude juridique), n'est pas déterminant. Le législateur, dans la loi de 1836, a moins consacré un principe doctrinal qu'une règle essentiellement pratique, et, à ce point de vue, il me semble qu'une question unique ferait naître les inconvénients qu'il a voulu éviter. La question étant ainsi compliquée d'éléments divers, sera-t-il toujours possible de préciser la portée d'une réponse unique? L'affirmative ou la négative s'appliquent-elles à tous les éléments ou à quelques-uns seulement? J'aperçois là un très-sérieux embarras d'interprétation qui me paraît ressembler fort à un vice de complexité. Si une question ainsi posée ne donne pas ouverture à un moyen de cassation, il serait désirable au moins que le président des assises usât de la faculté qui lui appartient de diviser au lieu de réunir.

J'ai encore des observations critiques à faire sur deux autres arrêts de la Cour de cassation.

Par un arrêt en date du 22 septembre 1859, la Cour suprême a décidé que, dans une accusation de faux dans un acte authentique, il n'est pas nécessaire que la question énonce, comme élément constitutif, le préjudice causé et la possibilité du préjudice. J'admets cette jurisprudence, mais je la fonde sur un motif différent : la Cour de cassation considère que cette omission peut avoir lieu parce que toute falsification ou toute altération d'acte authentique implique nécessairement un préjudice. J'aime mieux dire que cette particularité appartient surtout à la qualification dont le jury n'est pas juge et dont l'appréciation appartient à la Cour seule.

Dans une affaire Mallet, qui a si justement fixé l'attention publique, la Cour de cassation, confirmant une jurisprudence déjà ancienne, a décidé, le 12 avril 1861, que le renvoi du jury dans la chambre de ses délibérations peut avoir lieu hors la présence de l'accusé. J'ai examiné cette grave question au cours de ma dissertation, et je ne puis ici que persister dans l'opinion que j'ai émise. Cette jurisprudence, qu'on peut accuser de compromettre des droits sérieux de la défense, me semble

contraire en ce point aux principes généraux. M. Faustin Hélie, sans aller jusqu'à une critique formelle, essaye néanmoins d'apporter à cette jurisprudence quelques tempéraments.

J'aurais peu de confiance dans mes solutions si j'étais souvent en désacord avec la jurisprudence ; mais ces divergences sont rares heureusement, et je puis citer, à l'appui des principes que j'ai présentés, les décisions suivantes :

Au cas d'accusation de *viol* ou d'attentat à la pudeur *avec violence*, il peut être posé une question subsiaire d'attentat à la pudeur *sans violence*; Cass. 11 décembre 1858.

Lorsque le jury a été renvoyé dans la chambre de ses délibérations pour régulariser une déclaration contradictoire, il peut supprimer l'une de ses réponses et la déclaration de circonstances atténuantes s'y référant; la première déclaration étant irrégulière n'est pas acquise à l'accusé; Cass. 3 septembre 1858.

La question par laquelle le jury est interrogé cumulativement sur divers faits présentant le même caractère, commis au préjudice de la même personne, avec indication de la limite du temps dans lequel ces faits ont eu lieu, n'est pas entachée de complexité, alors surtout qu'il n'a pas été possible de distinguer chaque fait en lui assignant une date précise; Cass. 8 novembre 1860.

Dans une accusation d'attentat à la pudeur sans violence sur une enfant âgée de moins de onze ans, le président des assises peut poser une question subsidiaire d'outrage public à la pudeur; Cour d'assises de la Vienne, 25 mai 1863.

Dans une accusation de vol, le président des assises peut poser une question subsidiaire de complicité; Cass. 7 avril 1861.

Si l'on peut réunir dans une question unique les divers modes de complicité de l'article 60 (?), on doit faire une question distincte pour la complicité par recel, article 62; Cass. 19 avril 1860.

Dans une accusation d'incendie d'une maison habitée appartenant à autrui, il faut poser au jury deux questions distinctes à peine de nullité; Cass. 21 juin 1860.

La circonstance que le vol imputé à un ouvrier a eu lieu dans l'atelier de son maître doit faire l'objet d'une question distincte; Cass. 15 avril 1861. TH. BAZOT.

BIBLIOGRAPHIE.

ÉTUDES SUR LA PROCÉDURE CIVILE.

NÉCESSITÉ DE REVISER LE CODE DE 1806.

Par M. LAVIELLE, conseiller à la Cour de cassation.
(Chez Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État; in-8°, 1862.)

Compte rendu par M. A. ANCELOT,
docteur en droit, premier avocat général à la Cour impériale de Riom.

De tous les Codes nés du souffle rénovateur de 1789, le Code de procédure est celui qui porte le moins l'empreinte des idées modernes. Aussi, depuis un quart de siècle surtout, la rapidité toujours croissante du mouvement des intérêts, même *civils*, s'est-elle de plus en plus sentie mal à l'aise dans les mille et mille liens d'un formalisme suranné. L'esprit de réforme devait donc nécessairement remuer à son tour cette législation qui, tout en ne réglant que l'exercice des droits privés, touche aux conditions les plus vitales de la prospérité publique. L'Institut lui-même a solennellement ouvert la lice; les écrivains les plus autorisés s'y sont jetés en grand nombre. Parmi eux se sont montrés avec honneur plus d'un magistrat. Si l'esprit de corps ne nous abuse, c'est à eux entre tous qu'il appartient d'être entendus comme témoins dans cette grande enquête expérimentale sur le mérite ou les défauts de la loi dont ils sont les ministres. Qui jugera mieux de la valeur d'un instrument que celui qui s'en sert chaque jour? C'est peut-être aussi dans les régions sereines de la magistrature que se rencontre le plus facilement la prudente et nécessaire alliance de la tradition qui conserve et de l'esprit de progrès qui perfectionne. Signaler respectueusement les défectuosités de la loi régnante aux prises avec des faits tout nouveaux, ce n'est pas trahir son culte, c'est lui préparer pour l'avenir plus d'hommages et moins de révoltes; c'est aller en bon citoyen, en coopérateur dévoué, au-devant des vœux du gouvernement et du législateur lui-même. Les vains scrupules d'une superstition timorée devaient encore moins arrêter les

membres de ce sénat judiciaire qui, régulateur suprême du jeu des procédures comme du reste, n'est pas moins en droit de rendre les oracles de la sagesse et de l'expérience que les oracles de la justice.

C'est en effet un des membres de la Cour de cassation, M. le conseiller Lavielle, qui a entrepris, après de plus humbles magistrats, la critique législative du Code de procédure. Ancien directeur des affaires civiles et ancien premier président de la Cour de Riom, qui ne l'a pas oublié, il avait pu voir et vu sous toutes ses faces ce difficile sujet. Il le traita d'abord en articles successifs dans la *Revue* même où nous avons l'honneur de déposer ces quelques pages. Encouragé, dit-il modestement, par *l'accueil bienveillant* qu'ils reçurent, il a pris l'heureux parti de les réunir avec de notables additions en un volume sous le simple titre d'*Études*. Ainsi groupés dans un même cadre, ils rehaussent mutuellement leur lumière, et inspirent un plus vif attrait aux lecteurs sérieux. Nous disons *attrait* et le mot n'est pas trop fort : c'est, en effet, avec un véritable entraînement que nous avons *relu* en trois jours ces *Études* ainsi rapprochées. Pour expliquer notre plaisir, ce serait assez du style de l'auteur. C'est *le style* (suivant Buffon et tous les grands maîtres littéraires) *qui fait vivre les ouvrages :* c'est aussi lui qui les fait lire et ouvre ainsi l'esprit à l'action des idées ou le cœur aux impulsions du sentiment. Or nous avouerons sans flatterie aucune que, même après Boitard et Boncenne, la forme de ce livre a eu le secret du nous étonner, tant elle renferme de limpide clarté, d'atticisme délicat, et même de coloris animé par cette séve de vivacité béarnaise qui révèle si bien l'origine chérie de M. Lavielle. Ce n'est pas, du reste, qu'il ait ambitieusement déserté sa matière si aride en apparence pour se donner carrière. Tout au contraire, il s'est proposé d'éviter la *spéculation abstraite* qui n'est pas le fait du magistrat écrivant à ce titre, et de se tenir au point de vue de la simple *pratique;* projet fidèlement accompli. Mais en s'imposant cette loi d'utilité, il ne s'est pas interdit de savoir beaucoup et de penser davantage encore. Ce n'est donc pas ici un *procédurier* qui nous parle avec sécheresse de son protocole plus ou moins modifié; c'est un vétéran du Palais, un jurisconsulte dans l'acception la plus haute, un philosophe chrétien, un économiste, un érudit, un homme de goût, en d'autres termes un magistrat

supérieur. Ajoutons qu'un aimable enjouement, si rare dans notre âge d'imitation anglo-germanique, et de piquants souvenirs viennent de temps en temps se mêler pour le repos de l'esprit à la forte trame de la composition.

Dix chapitres pleins de choses en constituent l'ensemble. Et cependant l'auteur ne s'est attaché, par une trop modeste défiance de ses forces, *qu'aux modifications les plus urgentes et les moins contestables.*

Le premier chapitre, consacré *au plan et à l'objet des Études*, donne infiniment plus que ce titre ne promettait. C'est une préface écrite avec l'âme de Domat et la plume de d'Aguesseau. Après un historique rapide des travaux de réforme de la procédure française, le magistrat penseur s'applique à sonder les causes de ce fléau de la propriété foncière qu'il appelle spirituellement *l'impôt du procès*, ajouté à tant d'autres qui sont, du moins, inévitables. Sa patriotique charité, qui voudrait adoucir cette plaie, en trouve le principe complexe dans *l'insuffisance de l'instruction morale et religieuse*, qui refrénerait la *malice des plaideurs*, dans une autre insuffisance, celle de la connaissance profonde du droit chez trop de conseils des parties, et dans la disparition à peu près complète de ces avocats consultants, chargés de savoir et d'expérience, sorte de *magistrature volontaire la plus flatteuse de toutes*, que les législateurs eux-mêmes ne dédaignaient pas d'interroger, et qui prévenaient une foule de mauvais procès. Il y a d'autres causes sans doute, *étrangères à la loi*, dit l'auteur, qui concourent à l'épidémie des procès, mais elles sont hors de son sujet. Il prend toutefois soin, avec une loyale attention, de rendre justice à la grande majorité de nos officiers ministériels, qui a su se placer par sa dignité morale au-dessus des sarcasmes usés aujourd'hui dont on criblait les *procureurs*. Nous recommandons surtout aux lecteurs, publicistes ou moralistes, les belles pages qui nous montrent si bien tout ce que la jurisprudence, étudiée au point de vue historique et philosophique à la fois, renferme de précieux enseignements, et comment on peut trouver dans ses phases le *criterium* intellectuel et moral de chaque époque.

Les neuf chapitres qui forment le fond du livre traitent successivement *des justices de paix ; — de l'abréviation des délais ; — des preuves et des interlocutoires ; — des jugements et arrêts ;*

— *des deux degrés de juridiction et de la faculté d'y renoncer;* — *de la récusation;* — *de l'expropriation forcée;* — *de l'ordre;* — *de la saisie-exécution.* On devine au premier coup d'œil tout ce qu'il y a de fécondité pour une intelligence d'élite dans cette réunion de sujets ardus. On le sait bien mieux encore après avoir lu et relu ces substantielles et attachantes *Études*. Mais ce qui ne pourrait être pressenti, c'est que les sujets les plus stériles ou les plus secs à première vue sont précisément ceux qui ont engendré, sous la main de l'auteur, les considérations les plus hautes, et les plus éloquentes inspirations; tout cela sans sortir du cœur même de son sujet. Nous y reviendrons tout à l'heure. Ajoutons ici un mot sur la méthode générale de cet examen critique. Elle consiste à fixer le sens de la loi actuelle, qu'il s'agit d'apprécier, à en mesurer la portée dans le passé et le présent, en faisant appel à l'expérience, à discuter les idées d'améliorations proposées, à se prononcer tantôt avec une prudente réserve, tantôt avec toute l'énergie de la conviction, pour la modification qui semble la meilleure, après avoir puisé quelquefois chez les peuples voisins des analogies instructives. L'écrivain-magistrat fait à chaque autorité scientifique ou judiciaire la part de respect qui lui est due; mais il juge avec la même indépendance que sur son siége.

Il s'arrête avec une sorte de complaisance au seuil de la procédure et de son sujet pour parler longuement des *justices de paix*, cette si admirable institution. Aussi veut-il que la conciliation, qui est son plus grand bienfait, puisse s'exercer sur la plus large échelle possible, par voie d'*avertissement*, sans distinction aucune des causes qui sont ou ne sont pas de la compétence du tribunal au premier degré. Cette intéressante question est approfondie et résolue avec une telle abondance de ressources et avant tout d'excellentes raisons, qu'il nous semble difficile de ne pas se rendre. Au reste, sur ce point, il est bien moins question d'innover que d'entendre les lois de 1838 et de 1855 dans leur véritable pensée; mais il en est autrement de ce qui suit : 1° Convient-il d'étendre encore non-seulement *de quantitate ad quantitatem*, mais encore *de re ad rem*, c'est-à-dire par attributions de nouvelles *matières*, la compétence des juges de paix? 2° Que faut-il faire pour remédier aux mille embarras de doctrine et d'application qui naissent des actions possessoires, ce redoutable arcane de notre droit?

faut-il aller jusqu'à les supprimer, comme l'a proposé un président de la Cour suprême (M. Bérenger), ou suffit-il d'en réduire le nombre? ne serait-ce même pas assez de les déférer *en dernier ressort* aux juges de paix? — Que d'importants et épineux problèmes lumineusement abordés par l'auteur! Droit romain, droit français, statistique, cadastre, pratique, tout est mis à contribution avec autant de sagacité que de conscience. Nous avons été surtout frappé de ces réflexions si vivement exprimées au sujet du cadastre et de son avenir :

« Il est destiné, en effet, à devenir le titre universel, l'arbre « généalogique, le registre de l'état civil de la propriété fon- « cière; et, à la différence de l'état civil des personnes, il suivra « la propriété qui ne meurt pas dans sa marche, dans ses acci- « dents, dans ses divisions, dans toute sa destinée. Ce sera l'in- « ventaire sans cesse renouvelé et comme une autre *histoire de* « *la propriété et de la possession* écrite par les générations qui « passent, etc. »

A-t-on jamais aussi bien caractérisé l'office de cette institution? M. Lavielle, développant cette idée mère, explique de quelle importance serait pour la diminution et la simplification des procès immobiliers un cadastre qui serait comme la photographie mobile et précise de l'état des possessions. Le gouvernement s'en était occupé en 1846. Cette grande pensée ne peut manquer d'être reprise sous le régime impérial, toujours si prompt aux réformes bienfaisantes.

Nous éprouvons l'embarras de choisir dans les chapitres suivants, qui ne sont pas moins riches. Placé entre l'aridité monotone d'une table des matières et une décolorante analyse, parcourons seulement d'un vol rapide *summa fastigia rerum*.

Par exemple, l'auteur rencontre-t-il sur son chemin la doctrine et la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même, d'après lesquelles « les significations et autres exécutions faites « les *jours fériés* sans la permission du juge, ne sont *pas nulles*, « sauf à l'huissier de supporter l'amende édictée par l'arti- « cle 1030, » il faut voir comme il agrandit la question, en y faisant intervenir l'ordre public, les plus hautes convenances, et la majesté même de la loi, dont il ne veut pas qu'on se joue par une *rançon* de quelques francs et un *marché dérisoire*...

Mais ce n'est là qu'un prélude de la puissance de discussion qu'il déploiera bientôt en disséquant les titres de l'*Enquête* et de l'*Interrogatoire sur faits et articles*. Quelle verve gauloise! quelle dissolvante analyse! quelle profonde intuition du cœur humain! quelle dialectique éloquente, qui rappelle par moments les *Provinciales* tant aimées de Gerbier! Et au milieu de tout cela des traits d'esprit du meilleur goût, des réminiscences littéraires arrivant à souhait..... Qui donc, après avoir lu ces dissertations victorieuses, ne sera pas convaincu, s'il ne l'était déjà, avec Toullier et Boncenne, que les titres dont il s'agit, si pleins d'anomalies et d'anachronismes, sont à refondre totalement? Signalons encore à ce propos la haute étude de philosophie juridique sur le maintien ou l'abolition du serment dans notre procédure d'enquête et d'expertise. « La corruption des « doctrines et l'indifférence religieuse, dit M. Regnard, auteur « d'un ouvrage analogue, ont enlevé au serment sa foi et ses « garanties. » A quoi M. Lavielle ajoute qu'on paraît en être venu à *compter les parjures par les serments*. Cependant il repousse une abolition qui enlèverait à la justice une garantie, si réduite qu'elle soit, et qui d'ailleurs, ce nous semble, serait une sorte de flétrissure pour le caractère français. Il serait trop affligeant de penser avec un président de tribunal, M. Chardon, que le serment des experts, entre autres, n'est plus qu'une *vaine, pitoyable et ridicule cérémonie*. Et cependant M. Chardon appelle la suppression du serment un *progrès des idées!* Il l'a écrit, il est vrai, par respect même pour le serment trop prodigué, suivant lui. Mais Dieu nous garde d'un tel progrès!

Le chapitre *Des jugements et arrêts* se recommande aux méditations par une idée saillante, qui est celle d'introduire le *rapport* obligé d'un magistrat dans toutes les causes, à l'exemple de la Cour de cassation. M. Lavielle développe avec prédilection les avantages qui, à ses yeux, seraient assurés par cette réforme : rédaction des *qualités* (si importantes et si négligées) par le rapporteur; connaissance plus intime de l'affaire; réduction du nombre énorme des jugements par défaut qui, trop souvent, sont rendus sans examen; garantie nouvelle de l'intégralité future du personnel actuel de la magistrature, etc. Il y a d'ailleurs quelque chose de très-remarquable en faveur de cette thèse, comme l'indique l'auteur, c'est la prescription et l'usage

du rapport précisément dans les causes qui demandent le plus de *célérité*. Il ne serait donc pas un obstacle à l'œuvre judiciaire. Cependant il ne faut pas se dissimuler que cette généralisation de ce qui est exceptionnel aujourd'hui se heurterait à bien des difficultés pratiques soit réelles, soit d'habitudes prises. Mais cette proposition est d'autant plus digne d'être profondément scrutée quand viendra l'heure d'une réformation en grand de notre procédure. Le sillon est désormais ouvert par une main résolue.

L'auteur ne rencontrera pas le même antagonisme dans ce qu'il dit de la grande utilité et de la haute convenance des *conclusions* du ministère public dans les causes même non communicables. S'il est encore de nos collègues qui se dispensent volontiers d'en donner, nous les plaindrions de lire la verte mercuriale qui leur est infligée par la sévère émotion de M. Lavielle.

Des préliminaires de la décision, il arrive à celle-ci, pour s'occuper de la *délibération et rédaction* du jugement ou de l'arrêt. Nous remontons avec lui aux âges passés ; nous recueillons les trésors de nos traditions judiciaires, soit dans les ordonnances des rois, soit dans le livre incomparable de Lacheflavin, que l'auteur nomme à juste titre l'*évangile le plus complet de la magistrature*. Il ne peut se refuser le plaisir d'y butiner quelques traits pleins de saveur. Mais les gourmets d'érudition seront surtout charmés de lire, pour la première fois imprimé, l'arrêt du parlement de Toulouse, qui, le 12 juillet 1617, frappa de *suspension pour un an*, comme coupable de *diffamation* envers lui et les autres parlements, le docte et noble président. Oui, « la postérité aurait cassé cet arrêt s'il ne l'avait été en « quelque sorte du vivant même de l'auteur, par le prodigieux « succès de l'ouvrage. » M. Lavielle a d'autant plus volontiers évoqué le souvenir et les écrits de Lacheflavin, qu'il y a trouvé une douce occasion de parler avec le cœur de son cher Béarn et de son glorieux enfant couronné. Puis, comme pour expier une digression si charmante pourtant et désarmer les légistes exclusifs, il descend humblement au *style du palais* pour en condamner certaines formules gothiques, et au nombre de lignes des *copies* et *expéditions* de procédure. Mais le croirait-on? il trouve moyen avec un éminent président, M. Nicias Gaillard, de sauver par sa touche l'infimité du sujet.

Nous signalons, comme un modèle d'argumentation juridique élevée, le chapitre qui traite *des deux degrés de juridiction et de la faculté d'y renoncer*. L'auteur établit très-bien, d'une part, que les plaideurs peuvent valablement renoncer devant toutes les juridictions civiles à la faculté de l'appel; d'autre part, que la juridiction supérieure ne peut être valablement saisie *omisso medio* d'un procès. Vient ensuite la question législative : cette seconde faculté n'est-elle pas désirable? L'affirmative n'est présentée qu'avec une *prudente réserve*, mais elle ressort avec force de nos précédents parlementaires, et de solides raisons d'utilité, en présupposant l'accord des parties pour franchir le premier degré.

Autant les réformes hardies sont accompagnées de retenue circonspecte, autant le noble magistrat revendique avec énergie celles que lui dictent ses convictions arrêtées et ses sentiments intimes. Il gémit de voir minutieusement numérotées, au titre *de la Récusation*, des turpitudes qui sont heureusement sans exemple dans la magistrature. Quoi! prévoir froidement dans une loi de procédure la *vente de la justice!* Mais, s'écrie éloquemment M. Lavielle, ce *crime exécrable* n'est-il pas plus réellement *impossible* encore que la *fuite* d'un *soldat français devant l'ennemi*, et le *parricide?* A quoi bon, dans un autre sens, ces tristes prévisions quand la loi pénale est là pour arracher de son siége celui qui l'aurait souillé d'un forfait? — N'est-ce pas encore quelque chose de bien affligeant que le spectacle d'une partie plaidant en *récusation* contre un de ses juges? Qu'il y ait rejet ou admission, le scandale est le même, et l'honneur de la justice en est atteint. N'est-ce pas assez du remède de l'*abstention volontaire* que les magistrats sont disposés à s'imposer avec un scrupule souvent exclusif? Nous croyons que personne n'oserait aujourd'hui combattre ces vœux d'une susceptibilité généreuse. Ici encore l'auteur a su varier l'intérêt de son œuvre en demandant au passé de curieux exemples de récusation, et nous y gagnons de l'entendre, à propos du célèbre et peu estimable Beaumarchais, flétrir en passant l'agiotage contemporain, et le cynisme d'une certaine littérature de nos jours, pour laquelle les règles du goût et de la *saine morale semblent tomber tout à fait en désuétude.*

Les trois derniers chapitres roulent sur les trois moyens capitaux d'exécution forcée : *expropriation forcée*, — *ordre*, —

saisie-exécution. C'est la partie de l'ouvrage qui a le plus d'importance pratique; car elle touche aux intérêts les plus graves de la propriété sous deux points de vue : d'abord quant à la protection qu'elle mérite, puis quant aux facilités du crédit dont elle a besoin. Elle affecte aussi par cela même les bases de la prospérité publique et de *l'ordre social*. L'auteur a donc raison de dire « qu'il s'agit moins de résoudre une question de « droit qu'un problème d'économie politique. »

Ce second ordre d'idées lui inspire une déduction très-notable des données de la statistique de la saisie immobilière : c'est que la diminution si heureuse au premier abord des procédures de ce genre tient en grande partie à une autre diminution, celle des *prêts hypothécaires*, c'est-à-dire à l'afflux des capitaux dans les voies aventureuses de l'industrie, au détriment des campagnes.

Quoi qu'il en soit à ce sujet, le mouvement des faits économiques rend inévitable une révision, annoncée d'ailleurs par le gouvernement, de la loi de 1841. Or, que convient-il de faire? Faut-il revenir aux formes expéditives de la loi de brumaire an VII, ou faire un Code de la saisie pour les *petites propriétés*, ou subordonner les saisies pour sommes modiques à l'autorisation du juge, ou enfin se borner à une simplification nouvelle des formalités légales? M. Lavielle discute et réfute tour à tour ces divers expédients en mettant à nu leurs dangers ou leur insuffisance. Après quoi il en propose un autre qui n'a ni le mérite ni le tort de la nouveauté, mais qui s'impose de lui-même, en quelque sorte, à un esprit non prévenu. Il s'agirait tout simplement d'effacer de notre Code ce malencontreux article 742, qui, après une épreuve douteuse à la Chambre des députés, et contre le vœu de jurisconsultes éminents, en dépit aussi d'une pratique invétérée et d'une jurisprudence favorable, a proscrit la clause de *voie parée*. Au reste, il est permis de dire que le gouvernement s'y est converti depuis par un judicieux retour qui est de bon augure, en la faisant entrer dans la loi de 1852 sur le crédit foncier, et dans l'avant-projet de 1856 sur les *petites saisies*. La clause en question pouvait donc jusqu'à un certain point se passer d'une défense. Mais il serait bien dommage que celle de notre auteur lui eût manqué; car elle est tellement armée de raisons impérieuses, d'analogies éblouissantes, de garanties complètes envers les débiteurs, et,

pour animer tout le reste, de verve entraînante, que nous ne saurions croire à un dissentiment sérieux. Les garanties seraient dans la triple égide de la *mise en demeure*, de la *publicité* et de la *concurrence*. Les analogies ou plutôt les *à fortiori* sont, dans les ventes conditionnelles *ab initio*, légitimées cependant par la jurisprudence, et dans ces insidieux *réméré* qui ont « la « terrible puissance d'étouffer le patient entre deux portes, etc. » Et *la lettre de change du cultivateur*, c'est contre elle, dit le magistrat clairvoyant, que l'on aurait dû réserver *son indignation et sa colère!* — Autrefois, dit-il encore, en rapprochant le droit romain des tendances actuelles, c'était le débiteur qui était regardé comme coupable (*reus*); « aujourd'hui c'est le « créancier qui est traité en coupable. On ne lui met pas pré« cisément une chaîne de fer au cou..... Mais on l'attache au « Code de procédure, dont les mille plis et replis étreignent et « mutilent sa créance jusqu'à ce que mort s'ensuive. » Enfin, qui pourrait se plaindre à bon droit de la clause de voie parée? Il n'y aurait que les officiers ministériels. Mais qu'est-ce que leur intérêt spécial devant l'intérêt général? Et, du reste, tout serait concilié par une réforme du tarif dont les avantages ont été très-sagement définis, en 1858, par la commission du Corps législatif qui a préparé la loi sur les ordres. — En somme, et sans pouvoir entrer dans les détails, nous espérons fermement que cette Étude du noble magistrat apportera un élément des plus graves dans la révision de la loi de 1841.

Le chapitre *sur l'ordre*, c'est-à-dire sur les effets de la loi réformatrice de 1858, fixera vivement l'intérêt des jurisconsultes et des praticiens. Ce qui le domine, c'est la critique profonde autant que vive et perçante de la *déchéance* attachée à la non-production des créances dans le délai fatal. M. Lavielle y voit le produit fâcheux d'une réaction excessive contre la torpeur de la procédure du Code, et montre à merveille comment on pouvait mettre d'accord les exigences de la réforme et l'inviolabilité des droits. — On remarquera aussi la dissertation si vigoureuse qui a pour objet d'établir d'abord l'extrême utilité de l'assistance des parties par un conseil en vue des règlements amiables, puis la parfaite régularité du mandat tacite qui résulte de la remise à un avoué des titres de créance et de la lettre de convocation à l'essai d'ordre amiable.

Vient, en dernier lieu, le chapitre *sur la saisie-exécution*. Il

semblait devoir être le plus stérile de tous, et c'est peut-être celui où abondent le plus les grandes pensées, les traits ingénieux, les mouvements de cœur. On s'en rendra compte dans une certaine mesure, en réfléchissant sur les innombrables fonctions des choses mobilières et sur les contacts qui en résultent entre la mainmise d'exécution et des intérêts d'un ordre supérieur. Par exemple, la saisie des bestiaux et autres instruments d'agriculture atteint le premier des besoins sociaux, celui même que le gouvernement entoure de tant de sollicitude active. — La saisie des vêtements du débiteur intéresse en même temps l'humanité et la morale publique. La saisie des livres et des moyens scientifiques ou artistiques affecte la science et l'art eux-mêmes, c'est-à-dire la puissance et la gloire de la nation. La saisie des équipements militaires touche à un intérêt sacré : la défense de la patrie. La saisie de ce qui est destiné au service divin heurterait, si elle était possible, la sainteté des croyances, etc. Que de belles inspirations pour une âme élevée dans tous ces sujets! L'auteur n'a pas de peine, d'ailleurs, à démontrer combien la plupart des dispositions du Code de procédure à cet égard sont peu en harmonie avec notre civilisation si avancée et le niveau monétaire de notre époque.

Quand il a ainsi accompli le pénible inventaire des misères civiles qui recouvrent tant de misères morales, M. Lavielle sent le besoin de soulager son cœur en invoquant la seule puissance à laquelle il soit donné, non de guérir, mais d'adoucir ces plaies saignantes. Quelle est-elle? Est-ce la charité? Non : avec tous ses miracles elle ne saurait suffire. Il faut attaquer le mal dans la racine, c'est-à-dire dans les corruptions de la *nature humaine*. Ce ne sont plus les Codes écrits, œuvres éphémères de l'homme, qu'il s'agit d'interroger, c'est *le Code des Codes*, celui qui descend du ciel, qui est promulgué dans la conscience, et dont *l'instruction morale et religieuse* est le bienfaisant commentaire. L'auteur se réjouit *de la voir au premier rang dans nos écoles*. Car c'est elle qui fait *les bons citoyens et les honnêtes gens*, c'est-à-dire les gens qui ne plaident pas injustement, du moins avec intention. C'est sous cette consolante impression qu'il clôt son travail, et émet le vœu modeste qu'il *puisse être de quelque utilité* dans l'œuvre de rénovation de notre *vieille procédure*.

Pour nous, c'est plus qu'un vœu et qu'une espérance; c'est une certitude précieuse, et nous sommes heureux d'avoir pu l'exprimer tout haut comme un faible hommage à un magistrat dont le haut rang est la moindre distinction.

A. ANCELOT.

TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DU DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF,

Par M. A. Batbie.

Compte rendu par M. Minerbel,
docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

M. Batbie a entrepris la publication d'un traité complet du droit public, du droit constitutionnel et du droit administratif en France, ouvrage considérable, dont l'étendue et la difficulté seraient assurément bien capables de faire reculer les esprits les mieux trempés. Mais cette tâche si lourde n'a point effrayé l'auteur, et il l'a résolûment abordée avec l'audace et l'énergie qu'inspirent la jeunesse, l'amour de l'étude et la conscience d'un vrai et solide mérite. Personne plus que lui peut-être n'avait à un égal degré le droit de concevoir un si vaste projet et de mettre la main à une œuvre si importante. M. Batbie était l'un des plus distingués de ce faisceau de jeunes hommes véritablement éminents que le concours de 1848 avait fait entrer au Conseil d'État. Une participation très-active de trois années aux travaux de ce grand corps, soutenu comme il l'était par la sympathie et la confiance des maîtres de la science qui s'y trouvaient réunis, l'a fait pénétrer dans toutes les difficultés du droit administratif et l'a initié à toutes ses ressources. En même temps que dans les délibérations intérieures il en voyait débattre avec la plus grande autorité les théories les plus élevées, il touchait chaque jour du doigt les nécessités de la pratique, et il apprenait ainsi, à la meilleure école qui se pût rencontrer, la conciliation souvent si délicate des principes abstraits avec les exigences essentiellement variables des temps et des choses qui se produisent dans chaque espèce. De pareilles études portent vite leur fruit dans une intelligence d'élite. Aussi lorsque

les circonstances eurent éloigné M. Batbie, non à tout jamais, nous l'espérons bien, du Conseil d'État, où il avait su marquer sa place et où le souvenir de son passage ne s'est point effacé, un brillant concours, qui prouva qu'il n'était inférieur à lui-même dans aucune des branches si diverses de la science du droit, lui ouvrit les portes de l'agrégation et le rattacha à l'enseignement. Placé à ce point de vue nouveau, d'où l'on envisage les choses d'un esprit plus calme, sans autre préoccupation que celle de la doctrine, il put mûrir dans la méditation les éléments qu'il avait recueillis, les coordonner entre eux et préparer ainsi le corps d'un ouvrage d'ensemble, où toutes les parties du droit administratif, de cette science encore si peu formée et si incomplétement explorée, viendraient se ranger dans un ordre rationnel, et se relier aux principes dominants qui doivent la régir. Ainsi c'est après s'être préparé et aguerri par la double initiation des affaires et de l'étude purement théorique des doctrines, que M. Batbie est entré dans la lice, et il puisait dès lors dans les heureux précédents qui avaient marqué sa carrière, le droit de s'attaquer à une telle entreprise avec une légitime confiance, et, plus que tout autre, de s'en promettre le succès. Il avait d'ailleurs déjà fait ses preuves; la publication de deux premiers ouvrages lui avait pleinement révélé ses forces et avait donné la mesure de ce que le public et lui-même pouvaient attendre de ses efforts. L'un d'eux, un tout petit volume, presque une brochure, avait épuisé la matière si épineuse des appels comme d'abus; l'auteur avait su élucider en quelques pages toutes les questions si graves que soulève l'exercice du droit de censure réservé au Conseil d'État sur les actes de l'autorité ecclésiastique; et peut-être quelques-uns des lecteurs de la *Revue* se souviendront-ils que nous avons recommandé à leur attention, dans ce même recueil, ce petit traité, en leur signalant toute sa valeur et la supériorité très-réelle dont M. Batbie avait fait preuve, même en se renfermant dans un cadre un peu trop restreint[1]. Le second ouvrage est une étude sur Turgot considéré comme philosophe, économiste et administrateur, et la haute distinction dont ce livre remarquable a été honoré par l'académie des sciences morales et politiques, dit assez quel en est le mérite. Un très-éminent professeur de la Faculté de

[1] V. *Revue*, t. II, p. 505.

Paris [1] en a lui-même rendu compte dans un de nos derniers volumes [2], et nous ne saurions rien ajouter aux justes éloges qu'il lui a accordés et auxquels l'autorité de son nom ajoute tant de prix.

Il n'y avait donc point de témérité à M. Batbie, après les gages qu'il avait donnés, à embrasser l'idée d'un grand ouvrage sur le droit public et administratif, sans se laisser arrêter par la réputation si justement acquise aux travaux de quelques-uns de ses devanciers, et notamment au traité de mon savant confrère, M. Dufour. Il pouvait aspirer à prendre sa place à côté d'eux, au premier rang des jurisconsultes qui ont fondé la science du droit administratif; il se sentait assez fort pour parcourir après eux la carrière où ils s'étaient distingués, en faisant autrement, et les trois volumes qui ont paru jusqu'à ce jour justifient entièrement son entreprise. Leur succès a répondu à toutes les espérances que pouvaient faire concevoir le nom et le passé de l'auteur, et il a été au delà, nous en sommes convaincus, de tout ce qu'il s'en promettait lui-même.

Le premier de ces volumes contient, sous le titre d'*Introduction générale*, l'exposition complète du plan de l'ouvrage et le précis très-substantiel de toutes les matières qui devront y trouver place. Il forme à lui seul un ouvrage élémentaire sans

[1] M. Valette. Puisque le nom de ce jurisconsulte si distingué vient se placer sous notre plume, il nous pardonnera de ne pas résister au désir de rendre public le témoignage de la haute estime que notre bien regrettable prédécesseur et ami Marcadé professait pour lui, encore qu'aucune relation personnelle ne se fût jamais établie entre eux; ce témoignage, nous l'avons bien des fois recueilli de sa bouche. Il ne se lassait pas de répéter qu'à ses yeux M. Valette était « la tête de jurisconsulte la mieux organisée de notre époque, l'homme qui possédait le mieux le sens du droit. » Nous éprouvons d'autant plus de satisfaction à le constater ici, que l'on s'est souvent mépris sur la nature de Marcadé, et qu'on s'est plu parfois à lui attribuer, sur la foi de certaines vivacités de style qui lui échappaient dans la discussion, un caractère de personnalité jalouse qui lui était on ne peut plus étranger. Il aimait avec trop de passion le droit et la vérité pour ne pas rendre pleine justice à tous les hommes qui se consacraient, comme lui, à l'avancement de la science; et lors même qu'il combattait avec le plus d'ardeur ce qu'il considérait comme de fausses doctrines, il n'entrait jamais dans ses intentions de s'attaquer aux écrivains et de dénigrer leur mérite. On sait d'ailleurs que lorsqu'il reconnaissait en lui quelque erreur, il ne se traitait pas avec plus de ménagement que les autres.

[2] V. *Revue*, t. XIX, p. 362.

doute, mais qui du moins se suffit parfaitement pour donner l'aperçu de la science à l'étude de laquelle l'auteur s'est voué, et qui présente en résumé le tableau de tous les principes avec l'indication des questions les plus importantes que leur application soulève.

Deux grandes divisions s'y formulent tout d'abord. Le droit public occupe le premier rang. Sous ce titre, M. Batbie rappelle les droits que, depuis notre grande transformation sociale de 1789, toutes les constitutions successives de la France ont proclamés et reconnus aux citoyens, sauf aux lois, à plus d'une époque, suivant les circonstances et les régimes qui se sont succédé, à en restreindre l'exercice au point de ne leur laisser à peu près que la valeur d'une lettre morte, si, grâce à Dieu, telle n'était point de nos jours la puissance des mœurs publiques que, même lorsqu'ils se sont vus armés par le législateur de la faculté de se mettre au-dessus des principes, les gouvernements ont toujours senti, à part quelques cas exceptionnels, l'impérieuse nécessité de s'incliner devant leur autorité souveraine. Et encore, lorsque le sentiment de la peur ou la conscience exagérée de leur force les a conduits à les fouler aux pieds, la réaction s'est bientôt faite, et à toute époque il a été vrai de dire, suivant une belle et généreuse parole que l'auteur a empruntée à l'illustre Royer-Collard, que « les lois d'exception sont des emprunts usuraires qui ruinent les gouvernements, même lorsqu'ils paraissent les enrichir. »

A cette analyse des libertés publiques dont, depuis trois quarts de siècle bientôt, nous jouissons, ou devons jouir, M. Batbie a fait succéder, dans un second chapitre, le tableau des grands pouvoirs de l'État tels que les a organisés la constitution qui nous régit aujourd'hui, et l'exposé sommaire des attributions qui leur sont dévolues.

Après avoir ainsi traité les éléments du droit public sous ce double point de vue des principes qui forment les fondements inaltérables de notre système politique et social et des institutions auxquelles se trouve confiée la tâche de les mettre en œuvre, l'auteur passe à la seconde division de son travail, c'est-à-dire au droit administratif.

Sous cette rubrique, il s'occupe dans une première partie des différentes autorités auxquelles est soumise, à tous les degrés de la hiérarchie, l'action administrative; puis, dans une

seconde, il se livre à l'examen du droit administratif proprement dit, c'est-à-dire des lois et des règlements auxquels sont assujetties les personnes et les choses qui constituent le domaine spécial de l'administration.

C'est ici que M. Batbie se sépare surtout des maîtres qui l'ont précédé dans l'étude de l'ensemble du droit administratif. Il a voulu imprimer à son plan un caractère plus théorique et pousser plus avant cette branche du droit dans les voies de la science. On s'était en général contenté jusqu'ici de traiter distinctement les matières qui la composent, suivant un ordre successif que déterminait une simple classification alphabétique, à la façon d'un dictionnaire. On faisait ainsi une série de petites monographies que l'on juxtaposait pour former par leur réunion un traité complet du droit administratif. Ce procédé est loin assurément d'être irréprochable sous le rapport d'une coordination scientifique, et envisagé comme méthode dogmatique, le mérite en peut être sérieusement critiqué. Mais il a du moins l'avantage de la simplicité, de la clarté, de la commodité pour les recherches, et dans un sujet où les détails se multiplient à l'infini, il sauve l'auteur de l'embarras des redites et de l'inconvénient d'éparpiller les matériaux qui se rattachent au même objet. M. Batbie, qui ne recule pas devant les obstacles, ne s'est point tenu pour satisfait de cette méthode plus facile, mais moins exacte. Il a voulu ramener le droit administratif à une classification plus raisonnée, et lui imprimer ainsi le cachet d'une science toute formée, à l'égal de celle du droit civil. Pourquoi, en effet, le laisser, à l'égard de ce dernier, dans un état d'infériorité que rien ne justifie? « Je ne me suis jamais expliqué, dit l'auteur avec beaucoup de raison, le dédain que des civilistes distingués professent pour cette branche du droit. La constitution des personnes morales, leur capacité pour acquérir ou aliéner, l'autorisation de plaider et en général la tutelle administrative, me paraissent présenter autant d'intérêt que l'état des personnes, la minorité, la tutelle en droit civil... » Assurément le règlement des rapports de l'État avec les administrés offre, à bien des points de vue, un sujet d'étude aussi digne des méditations des jurisconsultes que celui des rapports entre les particuliers dans le cercle de leurs intérêts privés, et si beaucoup ont refusé jusqu'ici de s'adonner au droit administratif, c'est sans doute

parce qu'ils ne l'ont point vu revêtu de la forme d'une véritable science et constitué en un corps complet de doctrine, comme s'il avait été réduit en un Code par le législateur.

Constituer ce corps de doctrine et le revêtir de cette forme, tel est le but que M. Batbie s'est proposé d'atteindre; et alors même qu'il n'y aurait pas pleinement réussi, et que la division dogmatique qu'il a adoptée ne résisterait pas à toutes les critiques, il faudrait encore le louer d'avoir essayé. Il a appliqué à cette partie du droit la classification que les rédacteurs du Code ont suivie pour le droit civil, et il range ses matières sous les trois grandes rubriques des personnes, des choses et des manières d'acquérir; non pas, dit-il, qu'il se soit déterminé par un désir d'imitation et de symétrie, mais parce qu'il a voulu prendre pour guide la nature même des choses, et que tout rapport de droit implique, en matière administrative aussi bien qu'en matière civile, ces trois éléments.

Bien que cette division, au premier abord, puisse à certains égards répugner aux idées reçues, et qu'il semble étrange, par exemple, de voir indiquer comme des manières d'acquérir les impôts qui ne sont légitimement acquis à l'État qu'afin de subvenir aux besoins publics, c'est-à-dire à la condition d'être appliqués aux dépenses d'intérêt général et d'être restreints dans la mesure exacte de ces dépenses, qui par suite ne font que traverser ses caisses et ne doivent pas s'y arrêter pour grossir son domaine, cependant, envisagée de plus près, elle nous semble parfaitement exacte, et l'on ne saurait reprocher à l'auteur, du moment qu'il se proposait de s'écarter des voies battues avant lui et de donner à son ouvrage une forme plus théorique, de s'y être rattaché! Nous avons la confiance que, dans l'exécution de cette partie de son livre, il justifiera aux yeux des critiques cette nouveauté qu'il n'a pas craint d'embrasser, et, pour y réussir, nous pensons que le plus sûr moyen pour lui, c'est de pratiquer largement sa méthode et de ne jamais reculer devant les conséquences du plan par lui adopté, pour échapper à quelques difficultés de détail.

A ces trois sections du droit administratif proprement dit en succède une dernière qui a pour objet les compétences, les juridictions et la procédure, complément indispensable de son traité; car les principes ont besoin d'une sanction; après que les lois ont été promulguées, il faut les mettre en œuvre, et c'est

précisément dans l'organisation des juridictions et les règles de la procédure, que se rencontrent la sanction des principes et la pratique des lois.

Il semble qu'arrivé à ce point, l'auteur avait complété sa tâche et que son plan devait être épuisé. Cependant il a ajouté un appendice sur la propriété littéraire et artistique. Il convient lui-même qu'il n'a pas trop su comment rattacher à son livre cette matière qui appartient bien plutôt au droit civil et au droit criminel qu'au droit administratif. Pour notre part, nous sommes absolument de son avis à cet égard, et nous avouons qu'il nous est entièrement impossible de découvrir le lien qui renoue cet appendice au Traité. Le privilége de l'inventeur est constitué par un titre administratif, qui enlève temporairement au domaine public l'exploitation du procédé breveté. Mais l'exercice du droit de propriété conféré par la loi aux écrivains ou aux artistes ne touche par aucun point au cercle des choses de l'administration.

Quoi qu'il en soit, M. Batbie n'a pas résisté au désir de produire son sentiment dans une question assurément digne de tout l'intérêt des jurisconsultes, et qui, depuis longtemps déjà, mais aujourd'hui plus vivement que jamais, préoccupe l'attention publique et est devenue l'objet des plus sérieuses controverses. Il réclame pour cette sorte de propriété le bénéfice de la perpétuité et de la transmissibilité, qui appartiennent à la propriété des biens matériels. Ce n'est pas ici pour nous le lieu de prendre parti. C'est là, certes, un sujet fort délicat, et qu'il n'est pas permis d'aborder sans de sérieuses méditations et sans des études spéciales, auxquelles, nous l'avouons en toute humilité, nous ne nous sommes pas livré. Il divise les meilleurs esprits, et l'un de nos confrères, à l'opinion duquel son nom, non moins que son savoir, prête une sérieuse autorité, M. Hérold, dans un remarquable article, a combattu la thèse défendue par M. Batbie[1]. Sans nous prononcer entre eux, nous nous bornerons à émettre une considération qui paraît avoir échappé à ce dernier; c'est que pour juger une pareille question, pour décider si l'auteur d'un livre, qui a travaillé sur le fonds commun d'idées propre à l'humanité tout entière, se crée par sa publication un droit de propriété analogue à celui qui naît de

[1] *Revue pratique du droit français*, du 1er mai 1862.

la construction d'une maison ou de l'ouverture d'une carrière, il faudrait, ce semble, consulter avant tout son intention et voir ce qu'il a cherché. Or, en donnant son œuvre au public, l'écrivain vraiment digne de ce nom songe bien plutôt à lui demander en retour estime, sympathie et gloire même, qu'à se constituer une propriété qui enrichira, dans les siècles à venir, ses arrière-neveux ou ses petits-cousins, qu'un collatéral aura le droit de modifier, de tailler et même de détruire à son gré, que les créanciers d'un héritier prodigue pourront faire vendre, et qui, avec le temps, finira par tomber dans les mains de l'État. L'écrivain, nous le répétons, donne son œuvre au public, afin de recevoir du public un prix plus haut à ses yeux que la fortune; et le droit de tous sur cette œuvre devient, après sa mort, la sauvegarde de l'œuvre et de sa gloire. Aussi meilleur sera l'ouvrage, et moins l'argent qu'il pourra produire, formera l'objet des préoccupations de l'auteur en le publiant. Telle est la loi morale de l'art, et certainement M. Batbie tout le premier n'aurait pas voué sa vie à la lourde tâche qu'il a entreprise, s'il n'avait considéré que le gain que lui-même aujourd'hui et ses héritiers plus tard auront à tirer de son Traité.

Tel est l'ensemble de ce premier volume, de cette introduction générale, que l'éminent et regrettable M. Laferrière avait voulu joindre, sous le titre de *Précis*, à la dernière édition de son livre; témoignage précieux et bien fait pour exalter jusqu'au bout le courage de l'auteur. Les deux autres volumes forment le commencement de l'exécution de ce vaste plan, et ils sont consacrés d'abord à l'exposé de notions sommaires d'économie politique et de statistique; et ensuite à l'histoire et à l'étude théorique des principes qui constituent la base de notre droit public.

Conformément aux promesses de son programme, M. Batbie n'étudie pas les matières qu'il traite au seul point de vue de la loi actuelle; il ne manque pas de rechercher quelle était aussi la loi dans notre législation antérieure à 1789. Il nous montre ainsi et les progrès que nous avons faits, et ce que nous devons aux institutions de nos pères; et il le fait avec l'impartialité d'un esprit sincère et puissant, qui a su se dégager des entraînements de la passion politique et puiser ses forces dans un libéralisme exempt d'aveuglement et d'injustice. « Lorsqu'on

est habitué depuis le jour de sa naissance, dit-il dans l'introduction de son *Étude sur Turgot* [1], à jouir des bienfaits de la société dans laquelle on vit, on finit par n'en plus tenir aucun compte et par ne penser qu'aux inconvénients que l'on ressent. Les hommes, se tournant vers les époques antérieures, les jugent d'après les proportions factices qui leur viennent de leur lointain historique; ils ne font attention qu'aux avantages de ces époques, et n'aperçoivent pas les inconvénients qui n'incommodent plus personne. Ainsi, au XIXe siècle, les esprits maladifs, frappés des doutes que soulèvent les périodes d'examen et de critique, se sont plu à vivre dans le moyen âge, et nous avons vu une école historique et poétique entreprendre la réhabilitation des institutions les plus surannées, les moins conciliables avec l'esprit moderne. De tels rêves peuvent récréer l'imagination, et il y aurait cruauté à les interdire aux enfants, aux poëtes, à tous les esprits faibles. Mais il faut résister aux tentatives que font des écrivains aux formes sérieuses, pour réhabiliter le bon vieux temps..... Non, il ne s'agit pas de savoir s'il y eut des crimes commis en 93 et des fautes imputables aux hommes de 1789, si la longue oppression qui avait pesé sur les populations n'explique pas la terrible éruption de la révolution. Toutes ces récriminations peuvent satisfaire la passion; mais elles jettent le trouble dans l'esprit et ne résolvent pas la question. Car la seule chose qu'il importe d'établir, c'est que la cause de la révolution était légitime et que ses résultats ont été justes. »

Ce n'est pas seulement avec les institutions de la France d'autrefois que M. Batbie établit ses instructives comparaisons; c'est aussi avec celles des nations étrangères qui se meuvent dans la sphère de la civilisation moderne. Quelques-unes sont encore loin derrière nous dans les voies de la liberté et du droit; d'autres aussi nous précèdent et sont bien plus rapprochées du but. Que de chemin, après une révolution de trois quarts de siècle, il nous reste encore à faire! Mais en même temps l'auteur nous encourage par le spectacle de tout ce que nous avons d'avance sur les peuples moins favorisés, et de toute la distance que nous avons déjà franchie; car il a foi dans l'avenir, et si la liberté a reculé en France, il ne désespère pas de nos insti-

[1] Turgot, p. 2 et 4.

tutions. « La révolution, dit-il, n'est pas encore terminée, et depuis que nos pères mirent à la voile le 5 mai 1789, nous n'avons fait que des relâches ; nous n'avons pas vu le port où doit finir notre voyage. Néanmoins, et malgré les brusques oscillations de l'opinion publique, il est des idées, des résultats contre lesquels nul homme sérieux ne tentera de réagir, quelles ques soient les excitations de ses passions [1]. »

Que M. Batbie continue avec le même soin, la même patience, l'œuvre si bien commencée. Le succès incontestable et mérité qu'il obtient accroîtra ses forces, le soutiendra dans la carrière, et lorsqu'il l'aura terminée, il pourra dire aussi qu'il a fait un monument. Alors, nous ne saurions en douter, les portes du Conseil d'État ne manqueront pas de se rouvrir devant lui, et il y reprendra, aux applaudissements de tous ceux qui s'intéressent à la science du droit administratif, la place qu'il y a laissée vide et qui lui appartient si légitimement à tant de titres.

FL. MIMEREL.

[1] V. t. II. p. 288.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence civile et criminelle,

DANS SES RAPPORTS AVEC LA VIE PRIVÉE.

Par M. A. ANCELOT,
docteur en droit, premier avocat général à la Cour impériale de Riom.

Ce titre est celui même dont s'est servi un savant et très-laborieux professeur de la Faculté de droit de Caen, M. Bertauld, en annonçant aux lecteurs de la *Revue*[1] des considérations d'un haut intérêt pour tous les penseurs et spécialement pour les magistrats. Elles m'arrivent avec une heureuse opportunité pendant les vacances. C'est surtout, en effet, dans ce temps de repos occupé que l'on peut, avec quelque calme, se rendre compte de sa mission sociale, et s'élever de la région des affaires isolément étudiées à la région philosophique qui n'est pas pour le magistrat celle des spéculations abstraites, mais celle des vues supérieures et des conclusions générales. La philosophie pratique doit être la sienne. Après avoir expérimenté beaucoup, il lui faut synthétiser ses expériences, et en dégager par induction les révélations qu'elles recèlent.

Or c'est à un examen de conscience que M. Bertauld nous convie tous, moteurs ou dispensateurs de la justice sociale. N'avons-nous pas de la meilleure foi du monde outre-passé les limites de nos pouvoirs? N'avons-nous pas, en voulant avec excès protéger la morale, entrepris sur la liberté des citoyens, jeté par là dans la *conscience publique une grave cause d'inquiétude et de trouble*, et compromis ainsi en *ami dangereux* la sainte cause que nous servons avec fierté? L'honorable professeur croit que nous l'avons déjà fait par malheur et craint que nous ne le fassions davantage encore. Il pousse donc un cri d'*alarme*: *Caveant consules*. Essayons de nous juger nous-même après avoir jugé les autres, et que le désir de nous rassurer n'ôte rien s'il se peut à notre impartialité.

Le critique de l'œuvre judiciaire s'attache d'abord à poser sous forme d'antithèse la délimitation de la *vie privée* et de la

[1] Livraison de juillet dernier.

vie publique. Dans la première, dit-il, liberté en principe pour l'individu; dans la seconde, prépondérance de l'autorité. — La distinction nous paraît juste en soi. Mais dans l'application, quelles affinités étroites! quelles insaisissables nuances! Quand la vie privée rompt son enveloppe et s'échappe au dehors, la liberté individuelle rencontre la puissance souveraine et lui doit compte de ses actions. Tout dépend ici de la mesure et du degré des intérêts mis en jeu. Le législateur ne se fera sans doute ni tuteur ni maître d'école; mais il ne peut oublier l'énorme influence de la vie privée sur la vie publique. Sans vertus domestiques, point de vertus publiques dignes de ce nom, et comme les unes et les autres sont l'essence même de la société, toutes les législations des peuples policés prennent pour base non-seulement les mœurs nationales, mais en même temps et avant tout les *bonnes mœurs*. De là tant de maximes de pure morale répandues dans la loi française si tristement dite *athée*, quelque sens qu'on attache à ce mot.

Ceci nous amène à signaler la tendance funeste de certains philosophes et de beaucoup trop de juristes à séparer la morale et la loi, non pas sans doute comme étant ennemies, mais comme devant régir avec une indépendance absolue leurs empires respectifs. Ce regrettable entraînement procède chez les philosophes (notamment Kant) d'un amour passionné des classifications symétriques, en même temps que d'un injuste dédain pour le droit si peu compris du monde; chez les juristes d'un engoument de la science qui remplit leur vie, et fixe leur culte enthousiaste. Sacrifiant avec ardeur à la forme scientifique, ils bannissent volontiers le sentiment comme un hôte indiscret, et après avoir fait acte de foi et hommage à la morale, la laissent habituellement reposer dans les ombres du sanctuaire. Ce n'était pas ainsi que les grands esprits de l'antiquité l'entendaient. La loi pour ces sublimes païens, descendait du ciel. Dans les temps modernes, Gravina la définissait *sapientia armata*. Domat la faisait rayonner du sein même de l'être infini. Montesquieu en plaçait le fondement dans les rapports éternels des choses, et en animait de son souffle éloquent les formules glacées.

M. Bertauld, nous le savons, est fait pour monter à ces hauteurs. Il flétrit les turpitudes avec toute l'énergie d'une belle âme. Mais nous entendons seulement lui indiquer à notre tour

un écueil, et revendiquer dans toute leur étendue bienfaisante les droits de la magistrature. Elle n'est pas seulement une haute *policière*, gardienne de la paix publique, régulatrice du *mien* et du *tien*. Il est vrai de dire, non pas sans doute dans un sens absolu comme le fait remarquer M. Bertauld, qu'elle a *charge d'âmes :* à elle de sanctionner les principes moraux dans ses décisions civiles ; à elle de les venger dans ses arrêts criminels ; à elle ainsi d'enseigner aux masses ou de leur rappeler, si l'on veut, solennellement les premiers devoirs de la vie publique et privée. Sans doute elle ne doit agir que dans le cercle de sa compétence normale. Mais il y a toujours eu et il y aura toujours deux façons d'interpréter et d'appliquer les lois : l'une étroitement et servilement littérale qui les outrage en les rapetissant ; l'autre large et libérale, surtout dans le champ du droit civil, qui les honore en entrant jusqu'au fond dans l'esprit du législateur pour adapter ses statuts aux conditions variables de l'état social.

Ceci posé, est-il donc vrai que la magistrature française actuelle, en suivant cette grande voie, ait fait tant de mal à son insu, et qu'elle ne puisse être absoute par un professeur de droit et sans doute aussi par les publicites, que grâce à la candeur de ses intentions ? Où sont donc ces *empiétements* sur la *liberté individuelle* qui est la *souveraineté sur soi-même ?* Comment la *garotte*-t-on *sous prétexte de mieux l'assurer en l'immolant ?* Quelles sont donc ces décisions si téméraires qui soulèvent *trop facilement le voilé du foyer domestique* et s'écartent d'*attributions* limitées, sans qu'on en ait la *conscience ?* Enfin depuis quand la *conscience publique* est-elle remplie d'*inquiétude* et de *trouble* par des recherches périlleuses qui n'appartiendraient pas à la puissance civile ? Et d'abord quant à la liberté individuelle, celle des honnêtes gens a-t-elle jamais été menacée par nos tribunaux et nos cours ? Il nous semble, au contraire, que l'institution judiciaire a pour fin et pour effet de la protéger de son mieux. *Rassurer les bons, faire trembler les méchants,* voilà son programme tracé par une auguste parole. Pour ce qui est de la liberté du mal, nous avouons qu'elle nous intéresse assez peu, et que nous tenons médiocrement à l'*immunité* des *passions* et des *vices*. Dieu nous garde assurément de demander que l'on impose la vertu par arrêt de justice. Les *billets de confession* étaient propres surtout à faire des hypocrites, nous le savons.

Mais, d'une autre part, nous ne comprenons pas davantage que le *laissez-faire* et le *laissez-passer* hors du cadre des crimes et délits qualifiés, soit un excellent moyen de moralisation sociale.

Ah! si tous les désordres privés se dérobaient aux regards sous ce que l'auteur appelle le *voile du foyer domestique*, la publicité du remède pourrait être un danger; car elle serait en même temps la divulgation du mal, et l'ordre moral a aussi ses poisons volatils et ses pestes contagieuses. Mais qu'y a-t-il donc de secret aujourd'hui dans les mœurs privées? Ne vivons-nous pas aussi dans des *maisons de verre* sans le désirer tous comme faisait un ancien Romain? Est-ce que tous les yeux ne voient pas les scandales qui infectent tant de familles? On croirait vraiment, à l'aspect de ces pudibonds scrupules, que notre société en soit encore à son adolescence virginale! Et d'ailleurs sagit-il donc pour la jurisprudence de cette *intolérable inquisition* de la vie privée que proscrit si justement la plume éloquente de M. Troplong? Nous nous expliquerons bientôt à ce sujet; mais nous montrerons de suite la main tutélaire de la justice fouillant jusqu'à la couche nuptiale pour y saisir les attentats infâmes d'un mari sur sa femme. N'est-ce pas là pourtant le plus intime asile du secret? Et cependant la jurisprudence a écarté les prétendus périls de cette recherche pour frapper le mari criminel, au lieu de se borner à dire : *proh pudor!* et de se voiler la face devant le lit nuptial souillé. Elle n'a pas craint qu'on lui reprochât de légiférer sans mission.

Tel est, en effet, le reproche que M. Bertauld tient suspendu sur les tendances actuelles de la magistrature, et ce n'est pas sans étonnement que nous avons lu dans son article l'alinéa suivant :

« Le pouvoir judiciaire, si dignes que soient les mains dans « lesquelles il est en dépôt, est bien trop réparti et présente « trop peu de garanties d'unité pour qu'on l'investisse du droit « de faire des *lois supplémentaires*. A quelle incohérence, à « quelle confusion, à quel chaos n'aboutiraient pas des inspi- « rations sans règles, fatalement contradictoires et pas toujours « suffisamment élevées! La liberté civile est sans cesse mena- « cée quand le magistrat veut frapper un fait que le silence de « la loi absout, puisque la *loi-jugement* est nécessairement « *rétroactive*. »

Celui qui lirait ces lignes sans en savoir la place pourrait

facilement penser qu'elles furent écrites aux approches de la chute de nos parlements qui mêlaient, chacun le sait, une part de puissance législative à leurs attributions judiciaires. Mais aujourd'hui, comment l'honorable professeur a-t-il pu prendre au sérieux jusqu'à la réfuter d'avance, l'idée de tribunaux qui, dans notre âge de mœurs démocratiques, sous une législation codifiée, et en particulier sous des lois criminelles hérissées d'un formalisme trouvé même excessif et appliquées avec une fidélité inflexible, de tribunaux, disons-nous, qui s'arrogeraient la prérogative, non moins étrangement hybride que le mot, de créer des *lois-jugements*. Outre que notre droit public s'y oppose, l'opinion, qui est plus que jamais aujourd'hui la reine du monde et dont M. Bertauld fait lui-même une sorte de haute juridiction morale, tolérerait-elle un instant de pareils écarts? Que font donc nos tribunaux et nos Cours, ces prétendus usurpateurs? Ils font ce que l'illustre Portalis attendait d'eux (V. *Discours préliminaires du Code civil*), non pas des *lois supplémentaires*, mais le *supplément de la législation*, laquelle ne peut jamais poser que des règles dominantes, qu'il appartient aux magistrats de féconder et d'assouplir en les accomodant aux mouvements si variés des faits et des affaires. Et c'est ainsi que les corps judiciaires, bien loin de supplanter l'opinion publique *en substituant leurs jugements à ses jugements*, ne font pas autre chose que ratifier et sanctionner ces derniers.

Des données générales de la thèse de M. Bertauld, nous passons aux spécialités juridiques qu'il a groupées dans son travail pour approuver les unes et censurer les autres.

Et d'abord, dit-il, nos Codes *témoignent d'un grand respect pour la pudeur publique et pour l'inviolabiblité des secrets de la vie privée*. Puis il cite en exemple les conditions du désaveu des enfants, les restrictions du droit de dénoncer l'adultère et des moyens de le prouver, l'interdiction de la recherche de la paternité, l'admission des libéralités entre concubins par nos Codes, et l'impunité de l'excitation à la débauche au profit de l'agent qui la pratique. — Mais est-il vrai que les dispositions de loi soient uniquement inspirées par *le respect de la pudeur publique?* La négative est évidente. Ce motif n'a été que secondaire. — En ce qui regarde le désaveu des enfants, il ne fallait pas livrer leur sort, non plus que l'honneur de la mère, aux caprices

d'une jalousie maniaque ou d'une avarice impie. Ç'aurait été la ruine de la famille et, par conséquent, de la société. — Quant à l'adultère, la loi s'est inspirée de la partialité indulgente de nos mœurs en faveur de l'homme, quand elle a exigé pour punir qu'il y eût entretien de la concubine dans la *maison conjugale*. Elle a aussi tenu compte, avec les publicistes et les moralistes, des conséquences bien plus redoutables pour l'éducation des enfants, de l'adultère de la femme. — Pour ce qui est de la limitation du mode de preuve à l'égard du complice de la femme, il va de soi que la consommation d'un fait si fugitif ne pouvait être établie suffisamment par des présomptions, des apparences et des ouï-dire. Ce n'est pas là un de ces délits ordinaires qu'une série de déductions peut démontrer, un fait *matériel* étant pris pour base. — Au sujet de la recherche de la paternité, M. Bertauld met en première ligne des raisons d'interdiction qui nous semblent par trop métaphysiques pour n'être pas imaginaires. L'enfant, d'après lui, *n'a pas un droit opposable à la société parce qu'il est né au mépris de ses prescriptions; si la société intervenait, elle ferait un acte offensif pour le vrai droit, le droit de la famille*. Mais qu'y a-t-il là de particulier au père plutôt qu'à la mère? Impossible de le voir. Est-ce d'ailleurs parce que la société est intéressée à procurer à l'enfant un appui, qu'on l'autorise à rechercher sa mère? C'est encore là une raison trop raffinée. On l'autorise tout simplement parce que la maternité se produit sous des formes sensibles qui la rendent aisément saisissable, et qu'ainsi l'enfant peut souvent, avec sûreté, exercer son *droit* d'avoir une mère. A-t-il donc moins le droit d'avoir un père? Non, évidemment. Mais, comme le disait Rigot-Préameneu cité par M. Bertauld, la recherche de la paternité que rien ne révèle aux regards serait tellement incertaine qu'elle amènerait les *jugements les plus arbitraires*, la *jurisprudence la plus variable*, et fournirait ainsi matière aux spéculations les plus ignobles. Ajoutons encore que si l'on avait tout rapporté à la pudeur publique, il aurait fallu surtout empêcher la recherche d'une maternité qui déshonore la jeune fille, tandis que la paternité du jeune homme est facilement absoute par la morale mondaine. Relativement aux dons entre concubins, il est permis de penser que l'ancienne jurisprudence, à ce sujet, était assez plausible, et nous avons gardé le souvenir (car en vacances on est sans livres) d'une

très-bonne dissertation de Delvincourt en sa faveur. Cependant il faut reconnaître ici que l'*animus donandi* parfaitement libre peut se rencontrer à la rigueur au sein du concubinage, et que, juridiquement parlant, il doit être efficace. Mais d'ailleurs quels sont donc les rapports intimes, surtout au cas de cohabitation, qui soient enveloppés d'un voile assez épais pour être occultes? Nous aurions voulu du moins que la liberté du concubinage ne fût pas invoquée comme un des droits de l'homme qui *s'appartient à lui-même* en même temps qu'à la société. La liberté de se dégrader nous paraît être bien indigne de tout souci. — Enfin, reste l'excitation à la débauche pour son propre compte. Pourquoi est-elle impunie? Parce que le sens de l'article 334 du Code pénal est exempt d'équivoque réelle. Et pourquoi cet article est-il ainsi conçu? Parce que l'excitation à la débauche pour soi-même se confond avec le libertinage ou la *fornication*, pour employer le terme théologique, et que ce sont là des actes qui doivent relever uniquement du for intérieur et de la juridiction spirituelle. Statuer autrement, ç'aurait été avoir l'absurde ambition de changer la société en un vaste couvent, et l'on ne serait arrivé qu'à constater l'impuissance de la loi devant un torrent irrésistible.

Voilà, ce nous semble, naturellement et raisonnablement expliquées les dispositions légales que M. Bertauld avait trouvées si démonstratives d'un respect presque religieux *pour l'inviolabilité de la vie privée*. Entrons maintenant dans la partie censoriale de son étude.

Il a remarqué, non sans regret, que quelques tribunaux, *dans la conviction qu'ils sont appelés à venir au secours de la loi morale*, « se sont montrés fort enclins à imposer l'accom- « plissement de *prétendues* obligations naturelles. » En premier lieu, nous avons répondu que les tribunaux étaient précisément institués pour venir au secours de la loi morale qui ne serait pas assez forte toute seule, apparemment, pour sauvegarder la société. Ils ont charge de la défendre, comme notre héroïque armée a celle de défendre notre sécurité intérieure et extérieure. Seulement, faut-il le dire encore? comme le catéchisme n'est pas la loi civile, ils ne peuvent intervenir que là où se produit au dehors un fait, soit constitutif d'un délit ou d'un crime soit générateur d'une obligation expresse ou tacite qui puisse être sanctionnée civilement.

A ce propos, nous rencontrons cette thèse absolue : « L'o-« bligé, et seulement l'obligé, a qualité pour reconnaître soit « l'étendue, soit même l'existence de l'obligation naturelle. La « société *s'accuse* quand de vive force elle substitue, par l'or-« gane du pouvoir judiciaire, son appréciation à celle de la con-« science individuelle. » Rien de plus vrai que cela quand l'obligation naturelle repose mystérieusement dans les profondeurs de l'âme. C'est alors qu'il y aurait une *intolérable inquisition* à l'y chercher. C'est pure affaire du for intérieur. Et cependant notre Code, moins respectueux que M. Bertauld pour le secret de l'obligation naturelle, permet, que disons-nous? prescrit aux juges de la sanctionner comme obstacle à la répétition (art. 1235). Pour cela même donc, ils ont à en reconnaître l'existence qui peut être déniée. Mais, de plus, est-ce qu'il n'y a pas des obligations naturelles vivifiées par la loi, abstraction faite de tout aveu? Qu'est-ce donc que l'article 1382, si ce n'est la formule légale d'un des premiers préceptes de la morale : *Neminem lædere?* Quel champ presque sans limites ouvert par cette disposition à l'équité des magistrats! actions, omissions, négligences, imprudences, simples paroles, actes de ceux dont on répond, mouvements indélibérés des animaux, chute d'un bâtiment mal entretenu (et ce sont là seulement quelques exemples), quelles sources innombrables et fécondes d'engagements souvent involontaires! Et le maître dont le *negotiorum gestor* a administré les intérêts à son insu, n'est-ce pas encore une obligation naturelle de dédommagement que l'article 1375 lui impose? — D'une autre part, on trouve partout l'obligation naturelle en s'occupant du cautionnement; car, en premier lieu, une simple obligation de ce genre peut être cautionnée. En second lieu, le cautionnement est le plus fréquemment déterminé, non point par la charité pure, mais par un devoir moral qui naît des liens du sang, de la reconnaissance, etc. Examinons maintenant, à la lumière de ces simples notions, les deux premers points qui ont scandalisé M. Bertauld en lui montrant *compromis quelques-uns de nos intérêts les plus chers.*

I. Ce sont d'abord les procès en indemnité pour violation de promesse de mariage. Il nous semble que rien n'est moins embarrassant à justifier. La promesse de mariage a-t-elle été formelle? La fille ou même le garçon qui l'a reçue (car il y a réciprocité parfaite) a-t-elle ou a-t-il compté sérieusement sur

les honneurs de l'union conjugale? N'y a-t-il pas eu, des deux parts, un jeu d'intrigue et par suite soit un dépit amoureux, soit une vile spéculation poussant à chercher une victime? S'agit-il d'une séduction qui faisait miroiter comme une amorce aux yeux de l'inexpérience un mariage en perspective, ou bien d'une légèreté capricieuse volant de projets en projets? Enfin n'y a-t-il pas eu de justes motifs de l'abandon des promesses? Nous n'apercevons pas les raisons qui pourraient empêcher le plus méticuleux magistrat d'adjuger des dommages-intérêts à la personne abusée, et cela à divers points de vue : par exemple eu égard au tort fait à sa réputation et à son avenir par une outrageante retraite. Il y a même tels cas où, des propos aidant, une poursuite en diffamation pourrait avoir lieu. — Dans un ordre d'idées plus infime, on comprend parfaitement que le violateur de la promesse soit condamné à rembourser les dépenses des préparatifs quelconques que la foi en un prochain mariage avait occasionnés. Il n'y a dans tout cela que des applications directes de l'article 1382. — M. Bertauld a-t-il entendu parler de ces situations comme des autres? Nous ne savons trop, tant il y a de vague dans ses indications à ce sujet. Cependant il signale à plusieurs reprises les femmes qui *ont* perdu toute pudeur, ne *savent plus rougir*, ont *peut-être dès le principe spéculé sur leur chute*. Mais quoi! ce seraient des femmes de cette espèce qui obtiendraient, sous forme d'indemnité, les sympathies de nos tribunaux et de nos Cours! Ils auraient été surpris, est-il besoin de le dire? et dès lors les principes sont hors de tout débat. Or c'est d'une question de principes que nous nous occupons après M. Bertauld.

II. Le second point de vue touché par le savant professeur est plus délicat. Nous sommes en présence, non plus de fiancées, mais de *filles-mères* imputant leur chute à des *hommes mariés*, comptant leurs grossesses et leurs enfants et voulant faire *nourrir*, *pensionner*, *doter*, leur postérité par des hommes qu'elles *n'appellent pas pères*, mais *auteurs de dommages*. M. Bertauld voit là des recherches de paternité déguisées, et, bien plus, la résurrection déplorable de ces *procès de séduction* contre lesquels il évoque les ombres indignées de Montesquieu, Beccaria, Filangieri et Servan. Puis viennent divers passages tirés de la discussion législative du Code ou d'écrits postérieurs, pour mettre en relief le danger des recherches in-

discrètes qui, s'attaquant à la vie intime et divulguant des désordres cachés, ne blessent pas moins *la société que le texte de nos lois*. Nous verrons plus tard les autres arguments.

Tout d'abord, nous ne savons pourquoi M. Bertauld restreint sa critique et son examen à ces filles-mères vivant en concubinage adultère avec des hommes mariés. La recherche de la paternité étant dans tous les cas interdite, il faut généraliser la discussion et l'étendre à tout concubinage. Pourquoi encore mettre uniquement en scène, comme dans la précédente hypothèse, les filles tombées au dernier degré d'abjection, et nous les faire entendre réclamant devant la justice, avec *des sympathies auxquelles elles ne tiennent guère, de l'argent auquel elles tiennent beaucoup?* Puisque ce langage de convention *ne trompe personne*, il ne trompe peut-être pas les magistrats, et dès lors ce sombre tableau n'est qu'un hors-d'œuvre. Comment d'ailleurs imaginer que de semblables femmes osent prétendre aux *sympathies* de leurs juges? Elles auraient donc une bien piteuse idée de leur perspicacité?... Nous n'avons du reste sous la main, en ce moment, aucun recueil de jurisprudence. Mais M. Bertauld nous dit lui-même qu'il y avait dans les espèces jugées *des circonstances de fait encourageantes* pour la prétendue doctrine qu'il combat. Il reconnaît, en outre, que la Cour suprême et d'autres Cours se sont tenues fermes sur le terrain des principes. Ce serait donc surtout une tendance à peine accusée qui a éveillé ses vigilantes alarmes; mais qu'il ait un peu plus de confiance en la magistrature de son pays : à chacun son œuvre ici-bas. Le professeur met justement son art et sa gloire à perfectionner et propager la science. Il en construit laborieusement l'édifice et ne veut pas que rien vienne troubler la rectitude des lignes et l'harmonie des proportions. Le magistrat, après avoir nourri son esprit, dans ses jeunes années, des éléments de cette science et en demeurant toujours fidèle à son culte, se meut cependant, non plus dans les régions abstraites de l'absolu, mais dans le milieu vivant des réalités dont lui seul peut, après un long exercice, démêler toutes les nuances. Il ne refait pas sans doute la loi, mais il en diversifie l'application pour faire face aux faits qui l'assaillent : en tel temps il ne lui demande que ses ressources ordinaires; en tel autre, il en dégage les conséquences dernières, et nous soutenons que, dans l'ordre du droit civil surtout, rien n'est plus

conforme à la haute mission de l'interprète militant de la loi. L'entendre autrement, ce serait faire de la justice une sorte de mécanisme impersonnel sans discernement et sans cœur.

Ceci posé, est-il donc bien difficile d'imaginer ou de rencontrer des espèces dans lesquelles le juge pourrait, sans faire brèche à l'interdiction de rechercher la paternité, infliger au séducteur une condamnation pécuniaire, par exemple à celui qui, ayant entraîné loin de sa famille, sans violence et sans fraude, une mineure de plus de seize ans, l'aurait délaissée lâchement, comme cela n'est pas rare, en un pays étranger pour elle, sans aucune ressource, et cela soit pendant sa grossesse, soit après son accouchement? Nous ne sommes plus ici dans la rigueur inextensible du Code pénal. Que la jeune fille ait moins de seize ans ou qu'elle en ait dix-sept, qu'importe dans l'ordre des appréciations de la faute et du dommage? La loi civile ne tient-elle pas les mineurs pour incapables de se défendre dans leurs biens et leurs personnes? Qui donc osera dire qu'il y ait consentement libre de cette paysanne ignorante et crédule qu'un libertin de profession se sera fait un jeu cruel de déshonorer et de duper? — Prenons une autre espèce. Un enfant naturel simple ou adultère est né; le séducteur se montre disposé d'abord à le placer en nourrice. Il s'en occupe lui-même, promet dans des lettres ou déclare devant témoins qu'il supportera les dépenses; puis (et cela n'est pas rare non plus) ses premières dispositions se refroidissent; le tourbillon d'une vie agitée l'emporte ailleurs; il oublie et la mère et l'enfant, ne paye plus et ne veut plus payer. Quelle règle de droit s'oppose donc à ce qu'il y soit contraint? Sera-ce proclamer illicitement la paternité? En aucune façon. On la présumera sans doute mentalement; mais si le séducteur avait payé les mois de nourrice, on l'aurait encore mieux présumée. Sera-ce, comme le dit M. Bertauld, accorder une *sanction* au désordre en le *réglementant?* Non; c'est sanctionner la foi promise et réglementer la loyauté. — Sera-ce encore garantir par cette sanction *l'indissolubilité du concubinage?* Non; ce sera garantir une promesse juridiquement saisissable, un *cautionnement* offert à la nourrice. A-t-on à juger les motifs qui font agir une caution? Voici d'ailleurs que notre critique est infidèle à ses idées de droit strict, en faisant entrer la morale dans sa solution; car, après tout, le concubinage est licite devant la loi. Et, du reste,

qu'y a-t-il de plus mauvais, du concubinage qui se prolonge ou d'une succession de concubinages? — Les gens sans mœurs ne s'en passent pas.

Tout ce que nous venons de dire s'appliquerait parfaitement à des frais d'apprentissage qui auraient été garantis dans l'intérêt de l'enfant. Quoi de plus désirable que l'exécution de semblables engagements! — Nous ne saurions enfin être d'accord avec M. Bertauld quand il écrit à ce sujet : « L'individu a « une part de souveraineté sur lui-même. Tant pis pour lui s'il « en abuse. Tant pis aussi pour les personnes qui, dans les li- « mites de la souveraineté qu'elles ont sur elles, s'associent à « des abus dont elles se prétendent ensuite victimes. » Ce *tant pis* nous paraît bien dur quand il est question de mineurs, et nous nous demandons si leur souveraineté sur eux-mêmes est autre chose qu'un mot ambitieux.

III. Il est encore un troisième point contentieux entre nous et qui va nous faire passer du droit civil au droit criminel. M. Bertauld ne trouve pas la jurisprudence moins envahissante de la vie privée dans ce nouvel ordre de décisions; il n'admet pas que l'on ait pu légitimement appliquer au libertin qui se rend complice de son proxénète, l'article 334 du Code pénal. Et pourquoi? Voici ses raisons : et d'abord, en thèse législative et sociale, M. Bertauld pose pour prémisse *qu'on doit être libre de faire le mal qui ne nuit qu'à soi-même.* Cet axiome ne paraît guère à sa place quand on l'applique à ceux qui font des *mineurs* leurs instruments de débauche. N'est-ce pas en effet porter à leur santé physique et morale, à leur avenir et par cela même à la famille et à la société, les plus funestes atteintes?

Passant ensuite aux auxiliaires de ces désordres, l'honorable professeur énonce avec John Stuart Mill, dont il a beaucoup étudié les doctrines, que *l'on peut conseiller tout ce que la société laisse faire, se consulter, échanger les opinions, user de réciproques suggestions sur des intérêts communs.* Toutefois, une exception est apportée à cette maxime régulatrice pour le cas *où l'instigateur a tiré parti de son conseil.* Or telle est pour M. Bertauld l'origine intentionnelle des articles 334 et 335 du Code pénal. Suivant lui, que frappent-ils? non pas le *vice qui corrompt ou fait corrompre,* mais la *spéculation,* le trafic salarié, l'ignominieux métier qui consiste à *vendre* et *louer* l'innocence ou

du moins la jeunesse, enfin la *complicité disponible* ou habituelle du proxénète avec le libertin. — Est-il bien sûr que la portée de la loi soit si restreinte, et qu'un *lucre* immonde doive seul faire éclater ses rigueurs? Nous ne le pensons pas. Sa lettre et son esprit sont plus vastes. Les faits sont aussi plus multiples dans leur infamie. Il arrive trop réellement que des parents dénaturés ou des chefs d'atelier sans pudeur se fassent un jeu criminel, sans aucun marché, de favoriser et faciliter les débauches de la jeunesse, soit pour complaire à quelqu'un dont ils dépendent, soit même par simple extinction du sens moral. La justice sera-t-elle donc sans flétrissures pour en marquer au front ces misérables? Seraient-ce là des intérêts *prétendus de moralité privée, insusceptibles de toute garantie efficace?* Ah! c'est bien alors que la *conscience publique* aurait à se troubler et se soulever!

Nous nous hâtons d'aborder la question spéciale sur laquelle M. Bertauld désapprouve encore la jurisprudence. Il s'agit de savoir si le libertin, coopérateur actif du proxénète qui travaille pour lui, peut être frappé, comme complice, de la même peine. Le savant professeur veut étendre à ce cas ce qu'il appelle, non pas l'impunité, mais l'*immunité de la passion et du vice*. Tout en reconnaissant avec ses nobles sentiments que la corruption *médiate* ainsi exercée est encore plus repoussante qu'une corruption directe, il n'admet pas et ne comprend même pas, en tant que jurisconsulte, qu'il y ait là matière à répression. Il n'y trouve qu'un objet de *police morale* relevant uniquement de la *justice de l'opinion*. La loi applaudira la première aux sévérités de ce tribunal d'honneur, mais elle ne peut faire autre chose. Son *incompétence* est radicale. Le motif en est que la corruption directe pour soi-même étant inviolable, la corruption indirecte doit nécessairement l'être aussi, comme ayant également pour excuse l'*intérêt d'une satisfaction personnelle*.

De tels scrupules ne sont-ils pas excessifs et bien faits pour décrier la science du jurisconsulte et même la loi auprès de cette opinion publique en faveur de laquelle on veut qu'elle abdique? De grâce pourquoi s'ingénier à mutiler la loi? S'il ne faut pas l'élargir, est-il permis davantage de la resserrer? Qu'on le remarque en effet, l'honorable professeur fait ici précisément ce qu'il reproche aux tribunaux : de la législation *supplémentaire* par voie d'induction. Il suspend les règles de la complicité,

non pas en vertu d'un texte plus ou moins topique, mais de par un raisonnement qui certes n'est pas un dogme infaillible. Et en effet, cette conclusion *à pari* ou *à fortiori* n'est-elle pas pour le moins très-contestable? Quel énorme intervalle entre le libertin qui, tourmenté par la fièvre des sens, reçoit ce qu'on lui procure sans s'occuper des moyens, et l'odieux machinateur se mettant de compte à demi avec ses ignobles pourvoyeurs, combinant avec eux des piéges, des perfidies, des surprises, rehaussant leur entremise abjecte du prestige de sa personnalité, faisant enfin de conserve ce qu'on nous permettra de nommer la chasse à une pudeur quelquefois adolescente! Et cet homme ne serait pas un complice devant la loi comme il l'est à ses propres yeux et devant la conscience universelle! Est-ce qu'il n'a pas par *dons*, *promesses* et surtout par *machinations*, par *assistance*, directement et substantiellement concouru au proxénétisme punissable? Il n'a pas seulement laissé faire en payant, il a fait lui-même en même temps qu'il a payé. Ce n'est pas pour lui certes qu'il faudrait voiler la loi, si elle pouvait jamais être voilée. Ne confondons pas le libertinage et l'infamie.

Plus donc nous entrons dans le sujet remué par M. Bertauld, plus s'accroît en nous la conviction que le rigorisme du légiste a trompé en lui la délicate conscience de l'homme et la haute sagacité du penseur. Les études abstraites qui sont la gloire de l'école ont besoin d'une lumière venue du dehors, de celle que réfléchissent incessamment les mille et mille aspects de la scène du monde. Devant ceux qu'elle éclaire s'évanouissent comme l'ombre bien des perplexités subtiles qui agitent la pensée solitaire. Elle enseigne que la société veut être et doit être défendue de toutes les forces associées de la religion, de la morale et de la loi. Ce n'est pas trop de cette trinité sacrée pour refouler les assauts de tant de convoitises ardentes que le mouvement même de la civilisation surexcite. Ne laissons pas tout faire à l'opinion. Cette *reine du monde* a ses courtisans et ses idolâtres, mais au-dessus d'elle il y a une direction pour la conduire, une sauvegarde pour en préserver la pureté. La législation de la presse a-t-elle une autre fin? Ne décourageons donc pas les généreux efforts de la magistrature luttant avec le mal, critiquons librement sans doute les décisions que peuvent désavouer les principes du droit et que, du reste, la jurisprudence elle-même suffit presque toujours à redresser. Mais pas

de cri d'alarme imprudent au nom de la liberté individuelle violée et de la conscience publique troublée. Ce n'est pas du côté des excès de pouvoir ou de sévérité que penche aujourd'hui la justice. Elle n'a rien de l'ambition des parlements. Il ne lui reste que celle de faire le bien laborieusement et sans éclat. Elle ne demande à la loi que ce qui est dans son esprit, et s'il advenait que, trompée par son désir de protéger les bonnes mœurs, elle en forçât sur quelques points la portée, nous rappellerions, non pour étouffer, mais pour modérer la censure, cette réflexion si profonde d'un magistrat qui fut un immortel génie : *Plus d'États ont péri pour avoir violé les mœurs que pour avoir violé les lois.*

P. S. En examinant, depuis la composition de cet article, les arrêts cités par M. Bertauld, nous avons eu la satisfaction de reconnaître que la jurisprudence *était fixée* dans le sens de notre thèse, et qu'il y avait même accord réel (eu égard aux espèces) entre toutes les décisions relevées par le savant professeur.

A. ANCELOT.

QUESTIONS DE DROIT PUBLIC ET DE DROIT CIVIL AU MOYEN AGE.

LE SONGE DU VERGIER.

RECHERCHES SUR L'AUTEUR DE CET OUVRAGE CÉLÈBRE.

Par M. Léopold MARCEL (de Louviers), notaire honoraire.

TROISIÈME ARTICLE [1].

X. RAOUL DE PRESLES.

Raoul de Presles, né en 1314 ou 1315, fils naturel de Raoul de Presles, premier du nom, légitimé par lettres du roi Charles V, en 1373, fut d'abord attaché au barreau, puis conseiller et avocat du roi au parlement. Il exerçait cette fonction en 1371, ainsi que le prouvent

[1] V. le présent tome, p. 296.

les comptes de Jean Lhuillier, receveur général des aides; il est possible qu'il en ait été pourvu antérieurement à cette époque.

Raoul de Presles est mort le 10 novembre 1381, selon M. Paris (*Mémoires*, p. 360); 1382, selon Lancelot (*Mémoires*, p. 622); 1383, selon la *Biogr. univ.* de Michaud.

Raoul de Presles est auteur des ouvrages ci-après :

1° *Compendium morale Reipublicæ;*

2° *Musa;*

3° *Chronique temporisée jusqu'à Tarquin l'Orgueilleux;*

4° *Traité de l'Oriflamme;*

5° Traduction d'un ouvrage connu sous le nom de *Rex pacificus*,

6° Traité *De utraque potestate. Rodolphi Praelli consiliarii regii*, etc. *Tractatus de potestate pontificali et imperiali seu regia.* « Au commandement de tres hault et tres excellent prince Charles par la grace de Dieu, le Quint roy de France de ce nom, maistre Raoul de Presles son petit serviteur, conseiller et maistre des requêtes de son hostel translata ceste petite euvre; »

7° Traduction de la *Cité de Dieu* (parue en 1375);

8° Version de la *Sainte Bible* (parue en 1377);

9° Opuscules divers sous le nom d'*Épistres*.

Dans deux mémoires lus à l'Académie des inscriptions les 19 avril 1735 et 31 août 1746, insérés au tome XIII des *Mémoires* de cette Académie, l'académicien Ant. Lancelot a donné une savante notice sur Raoul de Presles. Conduit à parler du Songe du Vergier et des divers écrivains désignés comme auteurs de cette composition, Lancelot engage modestement la discussion en disant : « Sans vouloir donner à Raoul de Presles plus qu'il ne lui convient, je ne sais si l'on ne pourrait point lui attribuer plutôt qu'à tous ceux qu'on vient de nommer le Songe du Vergier. » (P. 663.)

Lancelot appuie cette attribution sur différents motifs :

1° Charles V chargeait Raoul de Presles d'affaires secrètes.

2° L'auteur du Songe du Vergier se dit le plus petit des officiers domestiques de Charles V, *à minimo ex familiaribus*, « et Raoul de Presles s'est donné dans presque tous ses ou« vrages la même qualité ou d'autres équivalentes. »

3° C'est Raoul de Presles qui, dans le Traité des deux puissances (*De utraque potestate*), a traduit par extrait le Songe du Vergier « comme étant le plus apte à faire l'abrégé de son « propre ouvrage. »

4° « On trouve dans le Songe le même goût d'érudition qu'il « a employé dans ses autres compositions : l'Écriture, le droit « civil et canonique, les Pères, l'histoire. Il y a des digressions

« sur l'astrologie, sur le pouvoir et les connaissances des dé-
« mons. »

Voici les objections de M. Paulin Paris contre les deux premiers arguments mis en œuvre par Lancelot : « Il ne faut « pas..... conclure des *estudes spatieuses et secrètes* dont il est « parlé dans un acte de donation royale que Raoul de Presles « ait jamais été chargé de composer des ouvrages secrets; et « dans tous les cas, un livre précédé de la plus pompeuse dé- « dicace, un livre dont le but principal est l'apologie de la con- « duite publique et particulière du roi ne fut jamais destiné à « demeurer secret. Si l'auteur du *Somnium Viridarii* n'a pas « écrit son nom en toutes lettres, c'est parce qu'il croyait « s'être assez bien fait connaître dans l'*explicit*. Ajoutons que « le titre qu'il prend dès les première lignes de *minimus ex* « *familiaribus regis*, loin de convenir à Raoul de Presles, ne « doit s'entendre que de l'un des chevaliers bannerets de l'hôtel « du roi. (Voyez Ducange au mot *Familiaris*.) Raoul de Presles, « avocat du roi et maître des requêtes, n'aurait pu sans incon- « venance se dire le plus petit des familiers du prince; et l'on « peut assurer que dans aucun de ses ouvrages il ne s'est « avisé de prendre une pareille qualification. » (*Mémoires*, p. 368.)

C'est avec une profonde connaissance des manuscrits de la Bibliothèque Impériale que M. P. Paris répond au troisième argument de Lancelot : « ..... Il (Raoul de Presles) traduisit, « non pas le *Somnium Viridarii*....., mais bien le traité de « Gilles de Rome, composé à l'occasion de la fameuse lettre de « Philippe le Bel à Boniface VIII. Ce traité, que l'on alléguait « constamment dans les écoles depuis plus d'un demi-siècle, « a été réimprimé par Goldast (*Monarch. Imp. Rom.*, t. III, « p. 106). Nous en avons conservé plusieurs leçons manuscrites « (Ms. du roi, n° 4229; fonds de Saint-Victor, n° 895); nous « avons donc pu nous convaincre que la traduction de Raoul « de Presles était la plus exacte, la plus littérale du monde. « Elle a bien cela de commun avec le *Somnium Viridarii* « qu'elle touche aux mêmes questions ecclésiastiques..... Lan- « celot n'est pas le seul qui ait méconnu l'origine de la traduc- « tion de Raoul de Presles. Goldast exprime les regrets les plus « touchants sur la perte du texte latin en tête de l'édition qu'il « donnait lui-même de la traduction et de l'original (*Monarch.*

« *Imp. Rom.*, t. I, p. 29 et t. III, p. 106). » (*Mémoires*, p. 365.) Cette explication de M. Paris est bien conforme à l'idée qu'on doit se faire du livre de Raoul de Presles d'après son titre transcrit dans la notice préliminaire : Est-ce une *petite euvre* que le Songe du Vergier? L'a-t-il *translatée* celui qui a sommairement exposé le débat entre les deux puissances et qui n'a pas dit un mot des vingt sujets étrangers à ce débat traités dans l'ouvrage qu'on dit abrégé par Raoul de Presles?

M. Paris pousse plus loin ses conjectures : « Le livre *De* « *utraque potestate* était déjà connu du public quand fut entre- « pris le *Somnium Viridarii*. En effet, c'est à ce livre de Raoul « de Presles que fait allusion l'auteur du *Somnium*, quand il « dit dans son prologue : « Mon très redoubté seigneur, en la « présence de Votre Majesté, ceste doubte (des deux puissances) « a esté autreffois desputée par manière d'esbattement et de « collation : c'est assavoir se la puissance espirituelle et la « puissance séculière sont divisées et toutes séparées en divers » supports, ou se les deux puissances sont sans estre divisées « ni aucunement séparées. Et ainsi comme je feusse là présent, « et eusse oy plusieurs et très fortes raisons tant pour l'une « partie que pour l'autre..... la nuit ensuivant m'avint telle « aventure. » (*Mémoires*, p. 363.)

Goldast a pensé, comme M. P. Paris, que le Traité des deux puissances (*De utraque potestate*) avait précédé le *Somnium Viridarii*, et la preuve, c'est qu'il a placé l'un avant l'autre dans la *Monarchia Imperii Romani* (t. I, p. 39 et 58).

Le quatrième argument présenté par Lancelot me paraît dépourvu de toute valeur. Est-ce qu'il était possible de discuter la question des deux puissances sans invoquer l'Écriture, le droit civil et canonique, les Pères, l'histoire? On peut affirmer à coup sûr que tous ceux qui ont traité cette question, avant comme depuis Charles V, ont eu recours aux mêmes autorités. Quant aux digressions sur l'astrologie et les démons, Lancelot a grand tort de les prendre pour terme d'assimilation. Ces vaines sciences appartiennent au temps et non à l'homme.

Raoul de Presles a achevé sa traduction de la Bible en 1377, une année après la publication du *Somnium Viridarii*. Suivant son usage, il récapitule dans le prologue de cette traduction les ouvrages qu'il a publiés antérieurement et il n'y comprend pas

le *Somnium*. « Je considère de rechief mon âge[1] et l'adverse fortune de ma maladie et les autres œuvres que je avois faites c'est assavoir la translation et exposicion du livre de monsieur saint Augustin de la *Cité de Dieu*, le livre qui s'appelle le *Compendieux moral de la chose publique*, le livre qui s'appelle la *Muse* avec aucunes *Epitres*. » (Lancelot, *Mémoires*, p. 625; — P. Paris, *Mémoires*, p. 360.) On objectera que Raoul de Presles n'a pas non plus parlé dans ce prologue de la *Chronique temporisée*, du *Traité de l'Oriflamme* et du *Traité des deux puissances*. Quant à ces deux derniers ouvrages de peu d'étendue dédiés à Charles V, Raoul les comprenait peut-être dans ce qu'il appelle ses *Épîtres*. Quant à la *Chronique temporisée*, elle ne présentait pas au roi l'intérêt qu'il devait attacher au *Somnium Viridarii* composé par son ordre, et tout récemment mis au jour. On peut donc dire que si Raoul de Presles eût été l'auteur de cette composition capitale, son silence serait inexplicable.

Lancelot lui-même me fournit un argument analogue. Il a vu sur un exemplaire de la *Muse* une note..... écrite d'une main postérieure environ d'une centaine d'années à Raoul de Presles. J'en extrais ce qui suit : « Iste Radulphus de Praelis consi-« liarius et magister requestarum et hospitiorum regum Caroli « Quinti et Caroli Sexti scripsit autem *Compendium* et hunc « librum quem intitulavit *Musam*. Transtulit etiam de latino « in ydioma vulgare seu gallicum *Bibliam* et librum Augustini « *De civitate Dei*. Et decessit M.ccc octogesimo secundo, in « vigilia sancti Martini. » (*Mémoires*, p. 622.) Encore le *Somnium* omis, et cependant l'auteur de cette note paraît avoir connu les particularités de la vie de Raoul de Presles, puisqu'il indique sa demeure, puisqu'il parle de la pension qui lui avait été accordée par le roi, « *pro vacando liberius translationi memorati libri* DE CIVITATE DEI *quem de ejus mandato transferendum in gallico susceperat.* »

Le lecteur a vu que, pour combattre l'opinion de Lancelot en faveur de Raoul de Presles, j'ai puisé la plus grande partie de

[1] Raoul de Presles étant né en 1314 ou 1315, n'avait que soixante-trois ans en 1377. Aussi je m'étonne que M. Paulin Paris ait argué plusieurs fois du grand âge de Raoul, qui avait tout au plus soixante ans vers 1374, époque à laquelle l'auteur du Songe du Vergier a dû commencer cette composition.

mon plaidoyer dans les mémoires de M. Paulin Paris. Parmi les arguments employés par mon savant maître à l'appui de sa cause, il en est un que j'ai omis parce qu'à mon sens, il est susceptible de controverse. Je vais soumettre la difficulté au jugement du lecteur; il s'agit des enfants naturels.

Je dois dire tout d'abord que ce sujet entrait de lui-même dans la discussion des deux juridictions puisqu'elles se disputaient le droit de légitimation. C'est donc seulement dans la manière dont la question a été traitée qu'on peut examiner s'il y a matière à des applications personnelles. Voici ce que dit M. Paulin Paris: «..... Il convient de remarquer la triste part faite aux « enfants naturels dans le Songe du Vergier. Bien que l'usage, « plutôt que les convenances, leur permît déjà *en aucuns pays* de prendre le nom et de se parer, *sauf quelques différences*, des armoiries de leur père (livre I, chap. 148), on y déclare que la « maison de France serait déshonorée si la même tolérance s'é- « tendait jamais aux enfants naturels des rois. Or il faut avouer « qu'on a peine à reconnaître dans l'auteur de pareilles propo- « sitions un homme dont la naissance eût elle-même été illégi- time. » (*Mémoires*, p. 356.) L'auteur du Songe du Vergier ne prononce pas une sentence de déshonneur. Il dit même que « la coutume de permettre aux bâtards de porter les armes du *li- naige* est assez raisonnable; » seulement il ajoute: « ... L'on pourroit dire que ladite coustume *ne seroit pas raisonable* en un hostel royal comme seroit en l'hostel de France, car nul bas- tard ne devroit porter les armes de France ne à différence, ne aultrement; si ne se devroit pas nommer de celluy hostel. » Ce qui suit aurait pu être relevé avec avantage par M. Paris: « Car ainsi comme dit une loy, c'est une chose si détestable à qui est très-noble, soit homme soit femme de estre incontenant et luxu- reux et de procréer enfans hors mariage que n'est à ung aultre homme de simple estat *Lege si qua illustris. Codice adoriamur.* » Mais un peu plus haut l'auteur se montre bienveillant pour les enfants naturels « On doit, dit-il, avoir pittié de celluy qui a aucune inhabileté en soy ou empeschement, lequel empeschemement lui vient non pas de son vice, mais du vice et de la coulpe (*faute*, du latin *culpa*) de ses parens..... et si voyons que plusieurs bastars et de nostre temps ont esté saintz peres de Romme. » Dans le chap. 255 du livre II, l'auteur témoigne plus que de l'indulgence pour les enfans naturels. « Selon droit na-

turel, ils doivent succéder, conjonction d'homme estoit selon droit naturel et loisible, la loi reprouve seulement les conjonctions qui sont adultères et incestueuses. » Le chapitre se termine ainsi : « Nous avons une autre conjonction laquelle n'est de droit civil approuvée ne reprouvée, comme sont ceulx qui sont nez de concubinage sans incest et sans adultère, et telz enfans sont appelez naturels et devroyent selon droit naturel primerain succéder, car de celluy droit conjonction n'estoit mye d'avance. »

Pourrait-on tirer de ces derniers textes une induction favorable à Raoul de Presles? Je ne dis pas cela; mais d'un autre côté, je ne crois pas qu'on puisse se faire contre lui un argument de ce qu'il aurait voulu, bien que né hors mariage, conserver pures de bâtardise les armes de France.

En 1747, l'abbé Lebeuf a communiqué à l'Académie des inscriptions un *supplément aux Mémoires de Lancelot sur Raoul de Presles*. A propos d'un vieux mot dont il cherche l'origine, le savant abbé dit que « ce mot se trouve dans la traduction « française du Songe du Vergier composé en latin par Raoul de « Presles. » (*Mém. de l'Acad. des inscript.*, t. XXI, p. 206.) Dans une *notice* du même écrivain *sur les ouvrages de Philippe de Maizières* insérée aux mêmes *Mémores*, t. XVI, on lit ce qui suit p. 336 : « Quelques écrivains, sur cela seul peut-être que le « plus considérable des écrits de Philippe de Maizières est le « *Songe du vieil Pelerin*, lui ont attribué le *Songe du Vergier*, « ouvrage fameux qui fit beaucoup de bruit lorsqu'il parut..... « Mais M. Lancelot a épuisé autrefois cette question, et nous ne « pouvons rien faire de mieux que de renvoyer à son *second* « *mémoire sur la vie et les ouvrages de Raoul de Presles*. » J'ai dû rapporter ces deux passages pour faire connaître tout ce qui a été écrit pour et contre; mais en réalité, je considère l'allégation de l'abbé Lebeuf comme sans portée, parce qu'il est évident que le docte académicien n'avait pas étudié la question. On ne peut voir dans l'adhésion qu'il donne à la thèse de Lancelot qu'un témoignage d'égards pour son prédécesseur à l'Académie [1].

[1] L'abbé Lebeuf avait succédé à Lancelot à l'Académie des inscriptions, en 1740.

Voici une autre allégation en faveur de Raoul de Presles : « On a plus que des conjectures » dit M. Dupin aîné, « pour faire « honneur de cet ouvrage à Raoul de Presles..... » (*Notices historiques*, etc., p. 34 et suiv. — *Profession d'avocat*, 5e édit., t. II, p. 516 et suiv.) Cette allégation, puisée dans les *Maximes du droit public français* (t. I, p. 388, *note*) n'est appuyée sur aucun motif.

Mais ni Lancelot, ni l'abbé Lebeuf, ni les auteurs des *Maximes du droit public*, ni M. Dupin n'ont connu l'*explicit* des manuscrits de la Bibliothèque impériale, mis au jour pour la première fois par M. Paulin Paris, et ce document fournit, à mon sens, une preuve nouvelle et une preuve péremptoire contre la prétention élevée au nom de Raoul de Presles. Est-il possible, en effet, que Raoul de Presles, qui remplissait dès 1371 la fonction d'avocat du roi au parlement, eût omis ce titre considérable dans l'*explicit* du *Somnium*, pour ne rappeler que les faveurs dont le roi l'aurait gratifié en 1374 ? N'est-il pas clair comme le jour que l'auteur du *Somnium* était, au moment de la publication de l'ouvrage, un homme nouveau, appelé depuis deux ans seulement près de la personne du roi, *duobus annis revolutis inter agentes in rebus domus suæ et in consiliarium eligendum ?* Cette interprétation des termes de l'*explicit* me paraît tellement sûre que je n'ai pas besoin d'invoquer contre Raoul de Presles la théorie que j'exposerai dans mon article concernant Charles de Louviers sur le sens qu'on doit attribuer aux mots *in consiliarium eligendum*.

M. Geruzez est-il resté attaché à l'opinion émise en faveur de Raoul de Presles par Lancelot et les autres écrivains qu'on vient de mentionner ? « De tous les ouvrages écrits sous les aus- « pices et presque sous la dictée du roi, le plus important est « sans contredit le *Songe du Vergier*, et si, *comme on l'a long-* « *temps pensé*, Raoul de Presles en est le principal rédacteur, ce « personnage..... serait le plus considérable entre ces hommes « distingués qui ont été les collaborateurs de Charles V. » (*Hist. de la littér. franç.*, t. I, p. 214).

Je me suis senti fort tant que j'ai eu à lutter avec les armes de M. Paulin Paris. Mon rôle change : il me faut à présent prouver contre M. Paris que Philippe de Maizières n'est pas l'auteur du Songe du Vergier, et opposer à ce prétendant un autre préten-

dant, Charles de Louviers. Dans cette double tâche, difficile à remplir en face d'un si puissant antagoniste [1], je ne promets pas d'être bref, mais je m'efforcerai d'être clair.

XI. Philippe de Maizières,

Né en 1312 au château de Maizières (on écrit aujourd'hui Mesières, arrondissement de Montdidier, département de la Somme), chevalier, chancelier du roi de Chypre, conseiller du roi Charles V, retiré en 1379 dans la maison des Célestins de Paris, à laquelle il avait légué tous ses biens et laissé ses manuscrits. Il mourut dans cette communauté, le 26 mai 1405, et y fut inhumé revêtu de l'habit de l'ordre.

Philippe de Maizières est auteur des ouvrages suivants :

1° *Nova religio militiæ passionis Jesu-Christi pro acquisitione s. civitatis Jerusalem et Terræ sanctæ;*

2° *Vita B. Petri Thomasii;*

3° *De laudibus B. Mariæ Virginis super salve sancta parens;*

4° *Cy est le livre appelé le Songe du vieil Pelerin, adressant au blanc Faucon a bec et pieds dorés;*

5° *Oratio declamatoria et tragedica in quatuor partes divisa;*

6° *Le Poirier fleury en faveur d'un grand prince;*

7° *Le Pelerinage du poure Pelerin et le reconfort de son père et de sa mère : esquels sont les aventures du poure Pelerin dès sa jeunesse.*

Ces ouvrages sont restés manuscrits, excepté la *Vita B. Petri Thomasii*, imprimée dans les *Acta sanctorum*. Le *Pelerinage du poure Pélérin*, cité par le P. Becquet, a échappé aux recherches de l'abbé Lebeuf.

(V. Becquet, *Gallica Cœlestinorum congreg.*, etc., p. 103 et 104; — *Moreri*, — *Biogr. univ.* de Michaud, et les *Mémoires* cités dans le cours de cet écrit.)

« Le but que je me propose, » dit M. P. Paris au commencement du premier des deux mémoires insérés au t. XV du *Recueil de l'Académie des inscriptions*, « est de ramener l'attention de « l'Académie sur un point assez curieux de l'histoire littéraire. « Vers la fin du XIVe siècle, Charles V fit composer un livre dont « nous connaissons le titre et l'intention générale, mais dont « on a fait bien rarement une étude particulière : c'est le Songe « du Vergier. Quel est l'auteur de cet ouvrage?.... Lancelot a

[1] Presque au début de ce travail, j'ai consulté M. Paulin Paris sur différents points se rattachant à ma thèse. M. Paris a bien voulu donner à mes premiers efforts le plus bienveillant encouragement. Je suis heureux d'avoir l'occasion de lui renouveler publiquement l'expression de ma reconnaissance.

« cru l'apervoir dans Raoul de Presle le jeune..... L'abbé Le-
« beuf n'a pas contredit cette opinion quand il a publié ses re-
« cherches sur la vie et les ouvrages de Philippe de Maizières;
« c'est pourtant à ce dernier que doit revenir l'honneur d'avoir
« composé le Songe du Vergier; nous allons essayer de le dé-
« montrer. » (*Mém.*, p. 336.)

Voici le début de M. Paris dans son second mémoire : « Je
« crois avoir prouvé dans un premier mémoire que Raoul de
« Presles n'a pas composé le Songe du Vergier, comme l'avait
« prétendu Lancelot. Je vais exposer maintenant les raisons
« qui me font reconnaître l'auteur de cet important ouvrage
« dans Philippe de Maizières. »

Le savant académicien commence par regretter « la perte
« assez récente de plusieurs manuscrits des ouvrages de Mai-
« zières longtemps conservés chez les célestins, et qu'on ne
« retrouva pas dans cette abbaye à l'époque de la suppression
« des ordres religieux. Dans un de ces volumes intitulé le *Pe-*
« *lerinage du pauvre Pelerin*, l'auteur revenait sur les événe-
« ments de sa vie mondaine, et sans doute y donnait un moyen
« assuré de résoudre les questions qui font le principal objet
« de nos recherches. » (*Mém.*, p. 369.) Le témoignage important que ce livre aurait fourni, et dont M. Paris regrette la disparition n'a pas manqué au célestin Becquet qui avait la garde de la bibliothèque dans la communauté des célestins; en effet, Becquet comprend le *Pelerinage du pauvre Pelerin* dans la nomenclature des manuscrits laissés par Maizières, avec tous ses biens, à cette communauté, et cependant il déclare formellement que c'est une erreur d'attribuer à Maizières le Songe du Vergier. Cette erreur, selon lui, prend sa source, comme depuis l'a fait remarquer l'abbé Lebeuf, dans la similitude du titre d'un ouvrage qui appartient incontestablement à Maizières, le *Songe du vieil Pelerin* avec le titre de l'ouvrage qui nous occupe : *Ex titulorum convenientia quidam secuti levem conjecturam, sicque in errorem adducti*, etc.[1] Il ne paraît pas que Becquet ait

[1] Est-ce par suite de la même erreur que l'abbé Lenglet-Dufresnoy affirme résolûment que le Songe du Vergier appartient à Philippe de Maizières? On lit sur l'exemplaire de la Biblioth. imp. dont j'ai parlé plus haut, édition S. D. de Jean Petit : « Philippe de Maizières le composa vers 1374; et plus bas, en forme de signature : « l'ab. Lenglet. » On voit, dans la *Dissertation* de Brunet, que cette opinion a été en effet professée par cet abbé, dans un ouvrage qui n'est pas indiqué. (Dur. de Maill., p. 509.)

été amené à cette opinion en haine du sujet traité dans le Songe du Vergier, puisqu'il rend justice au mérite de cet ouvrage, *in quo de regiâ et ecclesiasticâ potestate* APTÈ *disseritur.* (Becquet, *Galliæ Cœlestinorum congregationis.... Elogia historica*, 1719, p. 103, 104.)

A supposer, contre toute probabilité, qu'il ne se trouvât pas ou que Becquet n'eût pas trouvé dans le *Pelerinage* la preuve que Maizières avait composé le Songe du Vergier, si en effet il en eût été l'auteur, est-il possible de croire que la tradition, si fidèle dans les communautés à transmettre les moindres faits, n'aurait pas perpétué chez les célestins le souvenir de la plus importante des compositions d'un homme considérable, qui avait été leur hôte pendant vingt-cinq ans de sa vie, et le bienfaiteur de la congrégation?

Une autre raison capitale à opposer aux conjectures de M. P. Paris, c'est l'absence même du Songe du Vergier dans la bibliothèque de la communauté qui possédait tous les manuscrits des ouvrages de Maizières.

Plaise à Dieu qu'une main heureuse et intelligente retrouve un jour le manuscrit du *Pelerinage!* On doit présumer, d'après les conclusions de Becquet, que le Songe du Vergier n'y est pas mentionné explicitement; mais il est probable que Maizières y avait consigné des faits qui, mis en regard de l'explicit latin dont nous devons la révélation à M. Paulin Paris, jetteraient un grand jour sur les difficultés que nous voudrions résoudre. Au défaut du *Pelerinage*, M. Paris a cherché dans les autres ouvrages de Maizières, des caractères de ressemblance avec le Songe du Vergier. Après avoir rapporté un passage du traité *De laudibus beatæ Mariæ Virginis super salve sancta parens* (*Man. de saint Victor*, n° 999, f° 123), voici ce que dit M. Paris : « Si l'on compare ce style, ces périodes, ces consonnances gracieuses même dans leur affectation avec tous « les morceaux d'apparat du *Somnium Viridarii*, l'on ne « pourra s'empêcher de reconnaître entre les deux ouvrages « une analogie frappante, et de plus un certain mouvement « particulier à toutes les compositions latines et françaises de « notre auteur. » (*Mém.*, p. 372 et 373). J'opposerai au savant illustre dont j'ose combattre l'opinion, non pas quelques lignes, mais un fragment considérable de l'un des ouvrages de Maizières, le prologue du *Songe du vieil Pelerin addressant au blanc*

Faucon a bec et piez dorez dont Jean Louis Brunet nous a donné l'analyse : « Pénétré de la parabole des talents que Jésus-Christ « propose dans l'Évangile et de cet ordre du père de famille : « *Negotiamini dùm venio*, il (l'auteur) conçoit un grand désir « de prêter à une sainte usure et faire profiter ses deux « *besans*; c'est ainsi qu'il appelle ses deux talents qui sont, « comme saint Grégoire l'explique, l'entendement et l'œuvre. Il « veut principalement *devenir marchand et les marchander*, « ce sont ces termes, *à un Faucon Pelerin blanc au bec et piez « dorez qu'il a nourri et apprivoisié duquel il a esté premier « fauconnier. Cestuy Faucon blanc.... aulcune fois est appellé « le beau jour chrestien fils du grand maistre des eaues et forests, « et aultres fois fils du seigneur du grand parc des blanches « fleurs dorées.... Emprez duquel le vieil et très saige Faucon, « père du blanc Faucon, avoit laissé avoler ledit pauvre Pelerin, « et s'en estoit éloigné pour une dame gracieuse maistresse, soli- « tude appellée, qu'il avoit prinse a épouse.... Et pour finable- « ment introduire le blanc Faucon a bien et saigement vouler « et enseigner aussi au jeune Cerf voulant*. (Le *blanc Faucon* « et le *Cerf volant* c'est Charles VI, selon la clef qu'en donne « l'auteur).

« Dans les réflexions que ce désir lui occasionne, il s'endort « et se trouve miraculeusement introduit dans une chapelle de « la Vierge. Une dame vénérable, ornée de riches atours, sou- « tenue par deux filles comme Esther, s'appuie sur l'autel, se « fait connaître pour la *Providence divine*, soutenue à droite « par *amoureuse Pitié* et à gauche par *inflexible Équité*. Elle « lui dit que *Charité* et sa sœur *Sapience* ont abandonné le « monde, parce que *les faulx alquemistes de toutes generations « et spécialement de chrestienté refuserent les bons besans* qu'elles « leur présentaient et qu'ils s'en forgèrent de faux, qu'avec « elles partirent *Vérité* et trois sœurs *Paix, Miséricorde* et « *Justice*. Que pour présenter un *besant* de bon aloi, il doit « aller trouver les *trois Roynes de la vraye alquemie* et s'en « faire accompagner dans son Pelerinage. » (*Dissertation*, Brunet, Dur. de Maill., p. 513.)

Brunet analyse ensuite (*ib.*, p. 514 et suiv.) les autres parties de l'ouvrage. On voit figurer au livre Ier le Pelerin appelé *Ardent Désir* accompagné de sa sœur germaine *Doulce Espérance*; trois dames : *Allégresse*, c'est-à-dire vraye paix ; *Amoureuse*,

c'est-à-dire doulce miséricorde, et *Aventure*, c'est, selon la clef qu'en donne l'auteur, vertu nécessaire de vraye justice. — Trois reynes : l'aînée *Doulce Amour*, c'est la charité ; la puînée *Riche précieuse*, c'est la vérité ; la troisième la *Dame des œuvres*, c'est la sapience.

Que pensez-vous de ces mystiques allégories, drapées à l'orientale? Reconnaissez-vous dans ces déréglements d'imagination la plume ferme et sage, bien que quelquefois railleuse, qui a disserté sur les limites des deux puissances [1]? Dans l'ample analyse que Brunet a faite du *Songe du vieil Pelerin*, il soutient par de bonnes raisons, en comparant cet écrit au Songe du Vergier, que Maizières n'a pas composé ce dernier ouvrage. Je renvoie le lecteur à sa *Dissertation* (Durand de Maill, p. 518 et suiv.).

Après la mort de Pierre Ier, roi de Chypre, Ph. de Maizières revient en France. « Une nouvelle carrière s'offre alors devant lui, » dit M. P. Paris. « Bien différent de la plupart des pèlerins d'ou- « tre-mer qui revenaient en Occident plus orgueilleux et plus « incrédules, Philippe rapportait en France une foi sincère et « surtout une passion naïve pour les cérémonies extérieures de « l'église. La liturgie chrétienne de Syrie admettait depuis « longtemps la célébration d'une fête de la sainte Vierge que « la piété des Français, chose singulière, n'avait pas encore « recueillie, c'était la présentation de Marie au temple.... Dès

[1] En poursuivant l'analyse du *Songe du vieil Pelerin*, on voit que l'ouvrage n'est pas tout entier de ce style. On y trouve des questions gouvernementales et philosophiques très-sérieusement traitées. Mais Maizières ne savait pas être naturel, et il a eu le malheur d'encadrer ses propositions dans les soixante-quatre cases d'un échiquier fantastique, ce qui fait dire à Brunet : « Que de puérilités ne rencontre-t-on pas dans cet ouvrage à côté de choses excellentes ! »

Parmi les choses excellentes il faut mettre au premier rang le conseil que Maizières donne au roi « d'*offrir la confession aux condamnés à mort.* » Refuser à l'homme qui va mourir frappé par la loi les consolations de la religion, c'est certainement l'une des plus atroces barbaries inventées par la méchanceté humaine qui est si riche en inventions de ce genre. Maizières, à force de persévérance, a eu la gloire de faire abolir cette coutume. (V. *Dissertation* de Brunet, Dur. de Maill., p. 517; — Isambert, *Recueil des anc. lois*, t. V, p. 535 ; t. VI, p. 775, — et tous les dictionnaires historiques.) La pieuse inspiration de Maizières le place au nombre des hommes qui ont rendu service à l'humanité.

« la première audience qui lui fut accordée par le pape, il « plaida la cause de la Vierge ; il demanda l'admission d'un « nouvel acte de dévotion envers elle, et il soumit à l'approba- « tiou du saint-père l'office complet de la présentation, écrit de « sa propre main, avec la musique notée..... Grégoire XI re- « çut la proposition de notre chancelier de Chypre avec une « froideur inattendue ; il allégua le danger des innovations, la « crainte du scandale. Philippe, surpris et peut-être humilié « des objections, réduisit enfin ses prétentions, non plus à la « sanction formelle, mais à la tolérance de la fête, et ce der- « nier point, il ne l'obtint qu'après une nouvelle résistance et « de nouvelles importunités. En racontant sincèrement tous ces « ennuis, Philippe justifie les scrupules du pape par le peu de « confiance que méritait d'inspirer le solliciteur : mais dans le « récit de tous les événements auxquels il avait pris part, « on sait qu'il avait pour constante habitude de dissimuler ce « qui pouvait intéresser sa propre gloire. Voilà pourquoi nous « sommes disposés à penser que, sans l'autorité de son nom, « sans le secours de son éloquesce, la présentation de la « Vierge au temple n'eût jamais été célébrée en Occident..... « Grégoire voulut bien soumettre l'office à l'examen d'un cer- « tain nombre de docteurs et de cardinaux. Cette espèce de « commission supprima dans le manuscrit de Philippe de Mai- « zières plusieurs passages ; mais enfin elle déclara que rien dans « la nouvelle liturgie n'était contraire aux dogmes de l'Église, « et le pape en toléra l'admission dans les paroisses dont les « ministres croiraient ainsi mieux honorer la mère du Sauveur. « Grâce à cette permission, les frères mineurs d'Avignon, le « 21 novembre 1372, célébrèrent pour la première fois dans « leur église les nocturnes, vêpres, matines et enfin la messe « de l'office apporté par Philippe de Maizières.....

« Pour terminer l'histoire de l'introduction en France du « nouvel office, nous dirons que longtemps après, en 1385, « Philippe de Maizières qui n'était pas satisfait de la simple to- « lérance de Grégoire, quitta son jardin des célestins et se « rendit à Avignon pour y plaider de nouveau la cause de la « présentation de la Vierge ; il y fut mieux accueilli cette fois ; « aussi faut-il avouer que le moment était parfaitement choisi, « Clément VII devant au clergé de France et aux conseillers de « Charles V la confirmation de son élection, longtemps soup-

« connée d'être peu canonique.... Clément VII entra donc par-
« faitement dans ses pieux sentiments. Il ne se borna plus à
« tolérer, il créa des indulgences pour ceux qui se montreraient
« les plus ardents à observer la fête de la Présentation; il or-
« donna qu'elle fût à jamais célébrée avec toute la pompe ré-
« clamée par Philippe. Celui-ci tenait aussi beaucoup à la
« représentation d'une sorte de mystère analogue à la circon-
« stance : le pape consentit à tout avec une bonne grâce qui
« ne se démentit pas. Ce fut encore dans l'église des frères
« mineurs d'Avignon que le sacré collége entendit une seconde
« fois le nouvel office. Durant la messe, ajoute un témoin ano-
« nyme dans lequel il n'est pas difficile de reconnaître l'heureux
« Philippe de Maizières, il y eut une représentation de quinze
« petites filles, toutes âgées de trois ans ou de quatre, la plus
« gracieuse et la plus sage figurant sainte Marie. Elles étaient
« toutes vêtues différemment; la Vierge entourée ds person-
« nages bibliques, comme Joachim, Anne et plusieurs anges,
« fut conduite à l'autel. Elle en monta rapidement les degrés,
« fut présentée au grand prêtre par ses parents, puis ramenée
« dans le chœur au concert des voix de Joachim, d'Anne et
« des anges. Marie prit alors place au milieu des cardinaux,
« sur le siége le plus élevé, et ce fut là qu'elle attendit la fin
« de la messe. » (*Mém.*, p. 376 et suiv.) J'ai voulu reproduire presque tout entière cette gracieuse narration, au risque d'attirer à la cause de M. Paris plus d'un lecteur séduit par le charme du tableau.

..... Là corre il mondo, ove più versi
Di sue dolcezze il lusinghier Parnaso.

« Comme pour mieux nous montrer, » dit plus loin M. Paris (p. 392), « le cachet particulier du chancelier de Chypre, le
« Songe du Vergier se termine par une thèse en règle en faveur
« de la pureté immaculée de la sainte Vierge. Le fondateur
« ardent de la Présentation de Notre-Dame pouvait-il plus heu-
« reusement conclure? Remarquez cependant que cette thèse ne
« tient en rien au sujet principal.... » Cette dernière observation est juste; mais, comme l'a fait observer plus haut M. Paris lui-même, le Songe du Vergier ne traite pas seulement des deux puissances. L'auteur du Songe parle ici de la conception imma-

culée, comme il a parlé précédemment de la résidence du pape, des moines, du duché de Bretagne et des autres sujets qui occupaient alors l'esprit public.

M. Paris reconnaît dans la thèse de l'immaculée conception « le fondateur ardent de la fête de la présentation de Notre-« Dame. » Je vais tirer de la manière dont cette thèse a été traitée dans le Songe du Vergier des inductions tout opposées. Voici ce que je lis sur la fête de la Présentation de la Vierge que l'Église célèbre le 21 novembre : « On ne peut douter « qu'elle (la sainte Vierge) ne se soit offerte à Dieu par un acte « du plus pur amour et du plus parfait dévouement, dès le « premier moment où elle a pu faire usage de sa raison, en « sorte qu'il n'y a pas eu un seul instant où elle n'ait consacré « à Dieu tout ce qu'elle avait d'être, de sentiment et de raison. « Ce premier point est une conséquence naturelle du glorieux « privilége de son immaculée conception universellement re-« connue dans l'Église. Les théologiens pensent même com-« munément que cette première consécration de la très-sainte « Vierge eut lieu dès le moment de sa bienheureuse concep-« tion.... Mais indépendamment de cette première offrande, « la tradition nous apprend que la très-sainte Vierge, à peine « âgée de trois ans, selon le sentiment commun, se consacra, « d'une manière publique et solennelle, au service de Dieu « dans le temple de Jérusalem. » Et à l'appui de cette tradition l'on invoque l'autorité de saint Grégoire de Nysse, de saint Épiphane, de saint Jean Damascène, de saint Germain de Constantinople, de saint André de Crète, de Georges de Nicomédie et de plusieurs autres écrivains grecs cités par Baronius (*Instructions... sur les principales fêtes de l'Église* par un directeur de séminaire. Paris, Lecoffre, 1850, in-12, t. III, p. 360). Ainsi par l'intuition mystérieuse de sa glorieuse destinée, la sainte Vierge se consacre à Dieu à l'âge de trois ans; les théologiens pensent même que *la consécration eut lieu dès le moment de sa bienheureuse conception* et que cette consécration était *une conséquence naturelle* du privilége de la *conception immaculée*. On voit que, d'après les traditions de l'Église d'Orient, la présentation au temple se lie au dogme de la conception immaculée. C'est Maizières qui importe de l'Orient dans l'Occident la fête de la Présentation, et dans le long plaidoyer consacré à défendre la pureté originelle de la sainte Vierge, Maizières n'au-

rait pas dit un mot de cette fête! Une telle omission peut se comprendre si l'on suppose que l'auteur n'était pas initié aux traditions orientales nouvellement introduites dans l'Église latine; mais imputée à Maizières, l'omission me paraît inexplicable.

Je place ici deux considérations qui ne sont pas sans analogie avec l'objection que je viens de présenter : Comment le zélateur ardent du culte de la sainte Vierge aurait-il mis en question le mérite de la virginité? (Liv. II, chap. 259.) Est-il probable que Maizières se serait attaché à flétrir les moines mendiants (même livre, chap. 263), lorsque les frères mineurs d'Avignon avaient les premiers, en 1372, célébré la fête, objet de ses vœux les plus chers? Il me semble que ce qui est écrit dans le Songe du Vergier concourt avec ce qui y est omis pour faire conjecturer que Maizières n'a pas composé cet ouvrage.

Le roi Charles V honorait Maizières d'une estime toute particulière. Il avait acheté pour lui des maisons et des jardins et entre autres un domaine appelé le Beau-Treillis qui a donné son nom à l'une des rues de Paris. Il avait gratifié Maizières de pensions considérables. Maizières est nommé dans le testament du roi comme l'un des membres du conseil de régence. (*Mém.*, p. 282, 283). Tout cela est incontestable, mais comment en faire ressortir que Maizières soit l'auteur du Songe du Vergier?

On sait que Charles V avait à cœur de retenir à Avignon le pape Grégoire XI qui voulait transférer le saint-siége à Rome; le roi députa vers lui le duc d'Anjou, son frère. M. P. Paris conjecture, à l'aide de quelques faits ingénieusement rassemblés, que ce prince était accompagné de Maizières. « Charles V « n'avait-il pas dû choisir, pour le voyage d'Avignon, celui de « ses conseillers auquel il avait déjà conféré le soin de soutenir « par écrit la même thèse? Si le livre était achevé, quelle meil- « leure garantie pour une pareille mission que celle de l'homme « d'État, du canoniste qui venait de plaider si bien la cause « qu'il s'agissait de faire triompher? Ainsi le voyage d'Avignon « suffirait déjà pour nous indiquer Philippe de Maizières comme « l'auteur probable du *Somnium viridarii*. » (*Mém.*, p. 390, 91, 92.)

Admirez avec quel art sont présentées ces hypothèses; mais,

le voyage d'Avignon fût-il prouvé, cet indice serait un bien faible appui pour la thèse de M. Paris, si même il n'y était pas contraire.

M. Paris va tout à l'heure aborder des considérations d'un ordre secondaire.

« Les dernières inductions, » dit M. Paris, « que je vais « soumettre à l'Académie, n'auraient aucune force sans le cor- « tége des preuves que j'ai précédemment développées. Mais « ici elles donnent presque à notre thèse le caractère de l'évi- « dence morale. »

M. Paris répand encore sur ces nouvelles inductions la richesse de son imagination, avec l'apparence de la raison simplement ornée de l'élégance du langage. C'est contre de telles séductions que j'ai besoin de prémunir mon lecteur. Il serait difficile d'analyser cette dernière partie de la dissertation de M. Paris. Je rapporterai, à peu de chose près, le texte tout entier, en divisant article par article les arguments dont elle se compose.

Premier argument. « Le plus ancien manuscrit conservé de « l'ouvrage (*man. du roi,* n° 7068) contient le texte français « et remonte à l'année 1452. Le volume porte sur ses tranches « l'écu de France au lambel à trois pendants ; c'était déjà l'écu « des ducs d'Orléans issus de Charles V. Par la souscription, « on voit que le copiste travaillait dans l'hôtel de Jean d'Or- « léans, comte d'Angoulême et fils de Louis d'Orléans, tué dans « la rue Barbette. Ces circonstances ne sont pas indifférentes, « car le duc Louis, si l'on s'en rapporte au fougueux défenseur « du duc de Bourgogne, Jean Petit, ne passait pas un seul jour « sans aller au Beau-Treillis converser avec Philippe de Maizières. « Si donc le fils de ce prince fit plus tard transcrire le Songe « du Vergier, on doit supposer que ce fut d'après une leçon « plus ancienne déposée dans la librairie du duc d'Orléans par « Philippe de Maizières lui-même. » (*Mém.*, p. 395.)

Le duc d'Angoulême faisant exécuter une copie du Songe du Vergier, il était naturel que l'enlumineur y peignît les armes de ce prince qui étaient « d'azur à trois fleurs de lys d'or au « lambel d'argent de trois pièces chacune chargée d'un crois- « sant d'azur » (Frères de Sainte-Marthe, *Maison de France*, édition de 1628, t. I, p. 623). Mais dire que cette copie a dû être faite sur un manuscrit remis par Maizières lui-même, c'est

une supposition purement gratuite contre laquelle je n'ai pas d'objection à présenter.

Deuxième argument. Le manuscrit précité contient une miniature. « Quoi qu'il en soit, » dit M. Paris (de la supposition qu'une première leçon a été déposée par Philippe de Maizières dans la librairie du duc d'Orléans), « c'était l'usage des peintres « du XIVe siècle de placer, dans ce qu'on pourrait appeler le « champ de leurs miniatures, l'indication plus ou moins re- « connaissable des armoiries de l'auteur ou du propriétaire du « livre. » M. Paris cite des exemples de cet usage, puis il continue ainsi : « Le sujet est l'apparition des deux reines, la « puissance temporelle et la puissance ecclésiastique devant « l'auteur. Cet auteur n'est pas un clerc ou bien un docteur « comme Nicolas Oresme ou Raoul de Presles; c'est un homme « d'armes, la main appuyée sur la garde de son épée : seule- « ment un manteau de cendal est jeté sur une partie de son « armure, et sa tête est couverte d'un feutre surmonté « d'une plume, comme pour indiquer sa double qualité de « chevalier et de conseiller du roi. Il est assis contre un arbre « sur un tapis de verdure, et ce tapis est traversé par une large « bande fauve comme la fasce des armoiries et qu'il est impos- « sible de prendre pour un chemin ou pour un accident na- « turel du préau. » (M. Paris a dit plus haut que Maizières portait l'écu de sinople chargé d'une fasce.) « Cette singulière « coupure d'un gazon vert est reproduite dans l'initiale tracée « au-dessous de la miniature; celle-ci ne représente plus l'au- « teur ni les deux puissances, mais les deux antagonistes, le « clerc et le chevalier, disputant encore sur un tapis de ver- « dure traversé par la même bande dont il sera difficile de « comprendre le motif, si l'on refuse d'y voir l'indication « des armes de l'auteur, Philippe de Maizières. » (*Mém.*, p. 396 et 397.) Je n'attache aucune importance au costume militaire dont l'auteur est revêtu dans la miniature. Quand on créa les chevaliers ès lois, on leur conserva les prérogatives et les attributs des véritables chevaliers (*Encyc. méth.* de Panckoucke. *Jurisprud.*, t. VI, au mot *Parlement*). On lit dans Alain Chartier, année 1451 : « Et après, venoit monseigneur le chancelier « à cheval, qui estoit armé d'un corselet d'acier. » (Girard et Jolly, *Offices de France*, t. I, *additions*, p. CCXLVIII.) Au surplus, dans les différentes éditions imprimées du Songe du Ver-

gier, la planche représente l'auteur en habit civil, et le dessin a dû être copié sur un exemplaire manuscrit. Ainsi, que conclure de là, sinon que chaque artiste a cru pouvoir costumer l'auteur à sa fantaisie? Quant à la bande dans laquelle M. Paris croit reconnaître les armes de Maizières, je pense que sans une idée préconçue, M. Paris aurait pu y voir toute autre chose.

Troisième argument. « Le gazon, dans la miniature, est ter-« miné par la perpective d'un verger : les fleurs grimpent et « s'entrelacent sur une treille élégante et dorée. Est-ce encore « un effet du hasard, et cet accident n'a-t-il aucune relation « avec le célèbre Beau-Treillis habité par Philippe de Mai-« zières? Eh bien! convenons en effet que ce manuscrit (le « manuscrit n° 7068) n'est pas original et qu'il ne peut avoir « d'autorité que comme copie d'un manuscrit exécuté sous les « yeux de l'auteur : mais nous ne pouvions nous empêcher de « trouver une explication naturelle de ses miniatures dans les « jardins et dans l'écu du véritable auteur de l'ouvrage. (*Mém.*, p. 397.)

La planche qui est en tête des éditions imprimées représente le roi assis sur son trône, ayant à ses côtés les deux reines, la puissance spirituelle et la puissance temporelle, et en face du roi, l'auteur endormi et rêvant; quand l'auteur se réveille, c'est pour haranguer le roi et faire parler les deux reines. Selon M. Paris, le lieu de la scène serait le jardin du Beau-Treillis, c'est-à-dire que Maizières aurait fait comparaître chez lui et devant lui « la majesté royale » pour entendre le récit du Songe. Ce procédé paraît peu conforme aux usages de la cour. On pourrait affirmer presque à coup sûr que la scène se passe dans un des jardins du roi. Est-ce au Louvre, à l'hôtel Saint-Pol, à Vincennes, à Beauté, châteaux que le roi Charles V habitait tour à tour? Ne serait-ce pas plutôt au Palais-Royal, résidence habituelle des rois et qui plus tard a pris le nom de palais de justice? C'était là que siégeait le parlement; il y avait dans l'enceinte de ce palais un jardin, préau ou verger qu'on appelait *viridarium* et ce nom paraît être resté longtemps vulgaire; on s'y assemblait quelquefois pour délibérer [1]. Les matières traitées dans le Songe du Vergier, le titre même du livre sont

[1] « Le roi quitta aux officiers du parlement sa maison et ce palais royal « tel que nous le voyons encore, bâti et édifié (*restauré*) sous Philippe le « Bel.....; et où de présent est la conciergerie, là était son jardin qu'on ap-

deux circonstances favorables à ma supposition. Mais avant tout, demeurons convaincus que ce n'est pas dans le jardin de l'un de ses officiers que le roi a tenu l'audience solennelle imaginée par l'auteur du Songe.

Quatrième argument. « Ce titre de Songe du Vergier est « étrange et bizarre, si tout autre que Maizières l'a trouvé; « mais il dut venir naturellement à la pensée de celui qui faisait « d'un jardin sa demeure habituelle et qui se plaisait à dater « ses autres ouvrages de son jardin ou du *Jardin des Célestins* » (*Mém.*, p. 397.) Ce titre paraîtra plus naturel encore, si l'on admet mon hypothèse, que l'auteur du *Somnium Viridarii* et du Songe du Vergier s'est endormi et a rêvé dans le *Viridarium* du palais, sous les arbres qui abritaient quelquefois de leur ombrage le parlement ou le conseil du roi assemblé. Au surplus il y a des titres analogues à celui du Songe du Vergier, qu'on trouvera tout au moins aussi étranges, tels que le *Vergier céleste*, le *Vergier d'honneur*, ouvrages postérieurs de plus d'un siècle à l'époque de Charles V. De ces *Vergiers* passons dans des jardins qui ne sont pas appelés de noms moins pittoresques : Nous avons le *Jardin d'honneur*, le *Jardin de vertueuse consolacion* et le *Jardin de dévotion auquel l'âme devote quiert son amoureux Jhesus-Christ* [1]. S'il y a une conséquence à faire res-

« pelait *Viridarium* ou le préau, auquel lieu on s'assemblait quelquefois « pour conseil. » (Girard et Jolly, *Offices de France*, in-f°, t. I, p. 2.)

[1] Si cette petite nomenclature ne suffisait pas pour prouver avec quelle prétentieuse recherche beaucoup d'auteurs anciens ont intitulé leurs livres, je mentionnerais le *Roxier historial de France* (1522), les *Allumettes d'amour du jardin délicieux du saint rosaire* (1617), le *Char sacré de l'aurore de grâce* (1628), le *Coffret spirituel rempli d'épistres melliflues* (1619) et, pour terminer par un titre qui rappelle celui de notre ouvrage, les *Roses de l'amour céleste, fleuries au* VERGER *des méditations de saint Augustin* (1619). On trouverait, en cherchant, des centaines de titres du même genre.

Il est de plus à remarquer que le *Roman de la Rose* a été imprimé deux fois avec la synonymie de *Songe du Vergier :* Sensuyt le Rommant de la Rose : aultrement dit le Songe du Vergier. On les vent à Paris, en la rue neufve Nostre Dame, à l'enseigne de l'Escu de France (à la fin), imprime a Paris pour Alain Lotrian, demeurant en la rue neufve Nostre Dame; in-4° goth. à 2 col.

Autre édition sous le même titre (et à la fin) imprime à Paris par Jehan Ihannot, imprimeur et libraire iuré..., demourant a lymaige Sainct Jehan baptiste, en la rue neufve Nostre Dame, pres Saincte Genevieufve des Ardens; pet. in-4° goth. à 2 col.

« On a souvent confondu le *Songe du Vergier* avec le Roman de la Rose,

sortir du titre de notre ouvrage, c'est une nouvelle conjecture en faveur de l'opinion énoncée plus haut, que le Songe du Vergier appartient à un membre du parlement.

M. Paulin Paris récapitule à la fin de son second mémoire les opinions et les actes qu'il a fait habilement ressortir du Songe du Vergier pour les appliquer à l'écrivain qui, selon lui, a composé cet ouvrage, et il conclut en disant : « Toutes ces « conditions se retrouvent dans Philippe de Maizières, et voilà « pourquoi nous ne craignons pas de nous être trop aventuré « et d'être démenti par la découverte de nouveaux témoi- « gnages, en soutenant que le *Somnium Viridarii* et le Songe « du Vergier sont de Philippe de Maizières et ne peuvent être « que de lui. » (*Mém.*, p. 398.)

Parmi les titres de Philippe de Maizières à cette attribution, M. Paris rappelle que l'auteur du Songe du Vergier « devait « avoir gardé l'ardeur des croisades dans un temps où personne « ne jugeait plus qu'elles fussent possibles. » (*Mém.*, p. 398.) En effet, c'est dans la pensée d'exciter les princes chrétiens à se croiser que Maizières avait entrepris ses pérégrinations. J'appelle l'attention du lecteur sur le zèle mystique dont Maizières était animé pour la sainte conquête qui, huit fois déjà, avait entraîné les chrétiens vers l'Orient : « Ayant lu dans l'histoire « que c'était Pierre l'Ermite, son compatriote, qui avait déter- « miné Godefroi de Bouillon à faire la guerre aux infidèles, il « se persuada que Dieu exigeait qu'un habitant du même dio- « cèse suscitât de nouveaux ennemis aux musulmans. Enflammé « par cette idée, il partit, vers 1343, pour la cour de Hugues de « Lusignan, roi de Chypre, et parvint à lui communiquer « son ardeur guerrière. » (*Biogr. univ.* de Michaud, article *Maizières* signé de M. Weiss.) Lancelot (*Mém.*, p. 493 à 504) exprime en termes analogues le sentiment passionné qui

mais c'était la faute de ceux qui ne voulaient pas en faire la différence. » (Introduction au Roman de la Rose par Lantin de Damerey, édit. publiée par Méon, 1813, in-8°, t. Ier, p. 75.) Sur l'exemplaire de la biblioth. des avocats, dont j'ai parlé à l'article Oresme, se trouve la note suivante : « Guillaume de Lori (*sic*) commença le roman de la Rose, et Jean de Mehun le finit. »

Je ne puis m'expliquer cette confusion. Il y aurait peut-être quelque parti à tirer dans la discussion qui nous occupe du double titre que je viens d'indiquer.

dominait Maizières et raconte ensuite ses efforts multipliés pour accomplir la mission à laquelle il se croyait prédestiné.

« Nul de ses contemporains, » dit M. Paris, « n'avait visité « tant de rivages, non pour mieux connaître le monde, comme « Marco Polo, mais soutenu par l'unique espoir de contribuer « à la reprise du Saint Sépulcre pour les chrétiens, et du « royaume de Syrie pour Pierre de Lusignan. » (*Mém.*, p. 374.) Aussi quand, cet espoir trompé, Philippe revient dans sa patrie, quelles lamentations, quel accablement physique et moral! « Ecce de quibusdam antris, maceriis et ruinis, quidam pe- « regrinus canicie totus aspersus ac senectute curvatus..... Hic « nempe peregrinus baculo se sustentans, habitu humili et « eremetico incedens, bibliotecam suam sub acella (pour as- « cella) tenebat et quoddam sigillum magnum in quo crux aurea « et leo rubens erant sculpta post tergum quasi omnino ne- « glectum dependebat; venerat enim de sancta civitate Jerusa- « lem et de diversis mundi regionibus.... » (P. 373.)

« Philippe, » dit un peu plus loin M. Paris (p. 377), « ne « gardant plus l'espoir de ranimer les croisades, voulut au « moins doter sa patrie de cette nouvelle solennité » (la fête de la Présentation).

Relisez dans l'*Analyse* ce que j'ai extrait du chap. 154 du premier livre et dites s'il est possible que l'ardent instigateur d'une nouvelle croisade ait écrit, à son retour en France, le cœur navré de l'insuccès de sa pieuse entreprise que « *nul ne peut faire guerre aux Sarrazins tant comme ils veulent vivre en paix....* que le nom de Dieu *est grant en Orient* et *en Occident*, que *toutes gens* (païens et chrétiens) *sanctifient son nom*, « et que « *le pape de Romme ne doit donner pardons ne indulgences a ceulx qui vont oultre mer pour guerroyer les mescréans.* »

Les présomptions graves que j'ai déduites en premier lieu suffisaient, à mon sens, pour conduire à la conclusion que Philippe de Maizières n'est pas l'auteur du Songe du Vergier. Mais pour tous ceux qui seront convaincus avec moi que le Chevalier exprime les opinions de l'auteur, mon dernier argument fournit contre Maizières une preuve qui me paraît décisive.

MARCEL.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

DES CONCILES D'ORLÉANS,

CONSIDÉRÉS COMME SOURCE DU DROIT COUTUMIER ET COMME PRINCIPE DE LA CONSTITUTION DE L'ÉGLISE GAULOISE.

Par M. J.-Eugène Bimbenet.

DEUXIÈME ARTICLE [1].

Mais, avant de se livrer au rapprochement entre ces derniers canons et ceux du concile d'Agde, il faut remarquer que, de même qu'une grande incertitude règne sur quelques-unes des délibérations attribuées au deuxième concile d'Arles, de même une grande incertitude règne sur quelques-unes des délibérations attribuées au concile d'Agde.

Il est certain que ce concile n'a rendu que quarante-huit canons; dans la suite on lui en a attribué vingt-cinq autres, et il serait difficile de savoir quels sont ceux qui lui appartiennent en réalité. Il faut croire, et cela est nécessaire, que ces vingt-cinq canons sont empruntés à des conciles postérieurs à l'année 506; et ainsi on ne peut se prévaloir de quelques rapports entre les canons de ces assemblées pour enlever, en ce qui concerne la destination des biens de l'Église, la priorité qui appartient aux délibérations du premier concile d'Orléans.

Cette proposition se justifie d'ailleurs par l'examen des canons des conciles d'Orléans mis en regard des canons cités du concile d'Agde.

Le cinquième est ainsi conçu : Il nous a paru très-juste, en ce qui concerne les oblations des fidèles et les domaines que nous tenons de la munificence de notre seigneur le roi ou de ceux que nous ne possédons pas encore, mais qu'il lui plaira, à l'inspiration de Dieu, de nous donner dans la suite, affranchis de toutes charges, tant pour eux que pour les clercs leurs possesseurs, que tous les fruits qui en proviendront soient employés aux réparations des églises, à la nourriture des prêtres et des pauvres et à la rédemption des captifs [2].

Le quatorzième dit : *Renouvelant les anciens canons*, nous

[1] V. le présent tome, p. 62.

[2] On ne reproduit pas ici le texte latin de ces délibérations, elles le seront ultérieurement.

avons arrêté, en ce qui touche les oblations des fidèles déposées sur l'autel, que la moitié appartiendra à l'évêque, l'autre moitié au clergé pour être distribuée à chacun de ses membres suivant leurs grades. Les fonds immobiliers sont conservés pour l'usage commun sous l'autorité de l'évêque.

Le quinzième réglant l'usage des oblations faites dans les églises paroissiales, distingue entre elles et celles faites sur l'autel dont il est parlé dans le canon précédent; il dispose que les oblations que chaque fidèle fait dans les paroisses en terres, vignes, domaines urbains ou en argent, resteront dans la puissance de l'évêque, mais que pour celles qui sont déposées sur l'autel, il en aura le tiers.

Le dix-septième place les églises construites et celles qui le seront dans la suite sous l'autorité de l'évêque dans la circonscription duquel elles sont situées.

Le vingt-troisième dispose que si l'évêque, par une considération d'humanité, donne à cultiver des vignes ou des parcelles de terre aux clercs ou aux moines pour un temps plus ou moins long, quand même il aurait laissé passer un long espace d'années au delà de la tenue ordinaire de ces biens, l'Église n'en doit souffrir aucun dommage.

En d'autres termes, l'Église se réserve ses biens affranchis de la prescription résultant d'une longue possession, ainsi que nous l'apprend Sirmond, qui résume ce canon par ces mots : *Ut in terris prescriptio locum non habeat.*

Et en effet, le cinquante-neuvième canon s'exprime ainsi : Que la prescription séculière ne mette aucun obstacle à la jouissance de l'Église et ne puisse lui être opposée.

Il suffit de lire ces derniers textes pour que la différence qui existe entre eux et ceux appartenant aux conciles précédents, et, particulièrement, au concile d'Agde, se manifeste avec évidence.

On voit que les délibérations des conciles d'Afrique et d'Agde s'appliquent à la possession de biens d'une toute autre origine que celle des biens dont s'occupe le concile d'Orléans; et si les anciens canons sont invoqués pour autoriser ceux de ce concile, on doit reconnaître que c'est bien plus dans les parties se rapportant à l'état de choses ancien que dans les parties réglant un état de choses nouveau que cet appel est fait à l'autorité des conciles antérieurs.

Et en effet, le cinquième et le quatorzième canon font une grande différence entre les offrandes déjà reçues des fidèles et celles faites par le roi ou qu'il fera, et les oblations qui seront faites dans la suite par les fidèles.

Dans le premier de ces canons on confond les unes et les autres, et l'on n'invoque pas les canons des conciles précédents; on ne les invoque que dans le quatorzième et pour les oblations à venir autres que celles du roi.

Cette réflexion bien comprise, tout s'explique avec une grande clarté.

Les conciles d'Afrique et d'Agde ou tous autres ayant réglé l'usage, la possession et même la propriété des biens de l'Église, ne pouvaient s'appliquer qu'aux biens provenant de la piété et de la générosité des fidèles.

Ces biens n'appartenaient à l'Église qu'en vertu des oblations tolérées par les empereurs ou qu'ils n'avaient pu empêcher; ils n'avaient d'autre origine que le don spontané des chrétiens; jusqu'à Constantin, la fortune de l'Église ne consistait qu'en sommes d'argent, en vases consacrés au culte, et si elle avait quelques fonds de terre, ils devaient être peu étendus et d'une mince valeur, et possédés, par elle, à un titre précaire et dépendant de la volonté du prince; dans bien des occasions, en effet, on voit les biens immobiliers ecclésiastiques confisqués et détruits par l'ordre des empereurs ou des gouverneurs des provinces.

A partir de l'année 324, époque à laquelle la liberté a été donnée au christianisme, enrichi par la générosité de l'empereur et par les offrandes désormais permises, les choses changent, il est vrai, mais il est probable qu'au milieu des troubles qui agitèrent la succession de ce prince, et que sous le règne de Julien, l'Église, même en Orient et en Afrique, ne conserva pas et, en tous cas, et bien certainement ne put augmenter ses richesses.

Il en fut ainsi en Occident et plus particulièrement en Gaule; et ce ne fut pas pour l'Église de cette contrée que le bienfait du règne de Théodose le Grand porta ses fruits.

Entre ce règne et l'administration de Gratien et de Valentinien II, il existe une telle distance qu'il est impossible de les rapprocher; l'administration de Gratien, le plus inhabile des empereurs, fut signalée pendant sa courte durée de huit

années, par des troubles qui ne permirent pas à l'Église d'Occident de se relever des maux que le règne de Julien lui avait causés; celle à peu près aussi courte de Valentinien II, signalée par des troubles semblables, dut avoir les mêmes résultats; le premier laissa ces contrées sous la tyrannie de Maxime, le second sous la tyrannie d'Arbogast.

Du règne d'Honorius datent les malheurs qui sont venus fondre sur l'Italie et sur la Gaule; cinq années ne s'étaient pas écoulées qu'elles étaient menacées de l'invasion des barbares, réalisée de l'année 400 à l'année 407.

Depuis le commencement du règne d'Honorius jusqu'à l'année 453, date de la chute de l'empire, les événements dont la Gaule fut le théâtre sont d'une telle nature qu'ils sont absolument inconciliables avec la conservation de la fortune immobilière; à partir de cette dernière époque jusqu'au baptême de Clovis et jusqu'à la guerre qu'il fit aux Wisigoths ariens, la situation de la Gaule ne devint pas meilleure.

Tout se réunissait donc, alors, pour qu'on repousse aujourd'hui jusqu'à l'idée d'un parallèle entre les délibérations des canons sortis des conciles d'Afrique, ou des conciles d'Orient, et de celui d'Agde, et celles sorties des cinquième, quatorzième, quinzième, dix-septième et vingt-troisième canons du premier concile d'Orléans, en ce qui concerne la nature des biens de l'Église et leur administration.

Et d'ailleurs qui ne comprend que, de même que la possession de la Gaule méridionale par les Goths et les Burgundes avait dû apporter une grande modification aux rapports de l'Église et de la propriété, de même la conquête des Francs, à quelque condition qu'elle ait eu lieu, a dû apporter la même modification pour la Gaule occidentale.

A partir de ce moment les institutions ont subi une profonde altération; le territoire était à un autre peuple; les Gallo-Romains cessaient d'être propriétaires du sol, il était passé, pour la plus grande partie, en d'autres mains.

Montesquieu et M. Henri Martin ne vont donc pas assez loin, lorsque l'un, qui admet une conquête absolue, sans accord et sans transaction entre l'épiscopat et les Francs, combat cependant l'usurpation des terres par le vainqueur; et lorsque l'autre la circonscrit au domaine impérial et hésite à la reconnaître complète. Le cinquième canon du premier concile d'Or-

léans autorise l'affirmative de cette dernière proposition; il prouve certainement que l'Église ne possédait plus que le produit des oblations des fidèles, ce qui s'explique par la nature des événements accomplis depuis le règne de Constantin.

Il n'y est pas question, en effet, des biens immobiliers possédés par l'Église au moment de la réunion de ce concile; il n'y est question que des *oblations des fidèles et des domaines*, qu'elle tient déjà et qu'elle tiendra de la générosité du roi qui peut attacher et attache à ce bienfait telle condition que bon lui semble, et qui, s'il affranchit les biens et leurs possesseurs de toutes charges, agit dans l'exercice de sa souveraineté et de sa munificence, témoignant ainsi du changement qui va s'opérer dans la nature des biens possédés par le clergé catholique; tandis que dans les quatorzième, quinzième, dix-septième et vingt-troisième canons du premier concile d'Orléans, il s'agit de *biens immeubles* qui devront, aux termes du quatorzième, être *conservés pour l'usage commun*, par l'évêque, et rester sous son autorité; ces canons se réfèrent d'ailleurs au cinquième, et tous attestent une concession de terres pour le temps présent, et la possibilité d'en augmenter l'étendue pour l'avenir, mais dans une proportion tellement restreinte que l'évêque devait, dans l'intérêt commun des habitants de sa circonscription, en être l'administrateur et le gardien.

Cette situation se révèle, par ces textes, tellement distincte de la situation antérieure, qu'il suffirait à la démontrer, quand même d'autres délibérations de ce concile ne viendraient pas justifier l'interprétation qui vient de lui être donnée et qui concourt, avec les autres, à faire de ce concile un véritable traité, *intervenant entre les deux puissances se partageant la Gaule.*

Ils se la partageaient, en effet, à des conditions plus ou moins avantageuses pour le nouveau pouvoir politique qui n'en prenait possession que parce que le pouvoir spirituel et temporel tout à la fois, avait consenti qu'il en fût ainsi; ce dernier pour sauver le christianisme des erreurs de l'arianisme, et l'empire romain qu'il espérait encore restaurer, et pour assurer aux peuples l'unité de la loi sous l'unité de la foi; les Francs, pour s'installer, à l'ombre de l'autorité du clergé catholique, dans une contrée plus vaste et plus féconde, sous un ciel plus clément que ceux de leur origine, et s'approprier des richesses

immenses et une puissance encore inconnue à aucun peuple barbare.

Le traité recevait sa consommation après l'accomplissement de ses conditions; les Francs avaient adopté la foi orthodoxe; ils avaient refoulé les ariens jusqu'aux extrémités de la Gaule méridionale; affranchi de leur hérésie la partie la plus considérable de ce vaste territoire; ils menaçaient les Burgundes, ils avaient déjà contraint leur roi à se séparer de l'arianisme, et se promettaient bien de les asservir quand le moment en serait venu.

On ne peut donc s'étonner de voir réunis dans une ville désormais centrale de ville frontière qu'elle avait été jusque-là, depuis l'occupation des Goths et des Burgundes, les prélats appartenant à toutes les parties de la Gaule, du nord et du midi, de l'est et de l'ouest; le contrat devait comprendre tout le territoire de l'ancienne province romaine, et tous ses représentants devaient se trouver au même lieu pour donner à ce contrat son instrument définitif et sa dernière expression.

Cette démonstration arrivée à son terme, il reste une dernière observation à produire.

Les résultats historiques des délibérations des conciles d'Orléans se divisent en deux parties principales, n'ayant aucun rapport entre elles; l'une tient à l'ordre légal auquel une grande partie de la Gaule allait obéir; l'autre tient à la constitution de l'Église gauloise.

Le premier de ces deux sujets était le seul que nous ayons eu l'intention de traiter en entreprenant ces études, et si nous avons abordé le second, ce n'a été que parce qu'il s'est rencontré sur notre passage, sans autre préoccupation.

Nous n'avons voulu que constater un fait historique et restituer aux conciles d'Orléans toute l'importance qui leur appartient.

D'ailleurs il est sans intérêt de prévoir quelle conséquence peut avoir au XIXe siècle l'interprétation donnée à un acte quelque solennel qu'il soit, remontant au VIe; pour l'homme d'étude, pour celui qui veut faire connaître comme pour celui qui veut apprendre, il ne peut s'agir de ce qui résultera de ce document à l'époque où il apparaît.

Il faut accepter les faits tels que les monuments historiques

nous les présentent, sans s'informer de l'usage ou de l'abus qu'on en pourra faire.

Dans notre pensée les conciles d'Orléans ont exercé une grande influence sur la constitution de l'Église gauloise ; ils ont été le principe et la première manifestation de la substitution du droit coutumier au droit écrit ; ils fixent ainsi l'origine et la source de la situation religieuse et légale du pays ; il semble que rien ne doit empêcher de le dire, que rien ne s'oppose à ce qu'on restitue à ces assemblées leur véritable caractère et à ce qu'on mette un terme à l'erreur qui les reléguait au nombre des actes de la réglementation la plus vulgaire de la cléricature et des monastères.

Ce sont ces considérations qui non-seulement, nous permettent de publier ces études sous les deux aspects principaux que ces conciles offrent à l'esprit d'examen, mais encore qui nous y obligent : présenter l'un sans l'autre nous aurait paru une sorte d'infidélité qu'un écrivain n'a pas le droit de commettre.

Il convient de ne pas insister sur ces explications : les prolonger révélerait, de la part de l'auteur, une inquiétude sur le jugement dont ses intentions pourraient être l'objet ; il n'en a pas eu d'autre que celle d'être utile dans la mesure de ses forces et de sa persévérance ; puisse-t-il avoir surtout contribué à faire connaître la source d'un système légal auquel pendant des siècles la partie la plus populeuse, la plus industrieuse et la plus active de la France a été soumise, qui a résisté à la civilisation la plus avancée, et qui n'a succombé, après avoir bravé les efforts réunis du clergé le plus éclairé, des jurisconsultes les plus célèbres et des rois les plus puissants, que sous les coups d'une révolution tout à la fois politique et sociale !

CONCILE DE 511.

Chapitre Ier. — § Ier.

État de la Gaule à l'avénement de Clovis.

Au moment où Clovis succède à Childéric, son père, comme chef des Francs, les deux Narbonnaises appartiennent aux Wisigoths, qui venaient d'obtenir de Julius Népos les Arvernes

que défendait héroïquement Ecdicius, et l'empire de ce peuple, dans la province gauloise, comprend toute sa partie méridionale jusqu'à la Loire; il étend son pouvoir sur les Burgundes, dont le territoire s'appuyant sur la première Germanie enveloppe les campagnes d'entre le Rhin et les Vosges, depuis Mayence jusqu'au Jura et l'ancienne Séquanie.

De ce côté et à la droite de ce peuple, Childéric possédait toute la Belgique jusqu'à Tournay.

Un autre chef franc, Ragnacaire ou Raghenaher, possédait Cambray; son frère, Ricomer, s'était emparé du Mans; ainsi les Francs s'avançaient jusqu'à la Somme et une de leurs tribus avait pénétré dans la partie occidentale de la Gaule.

L'Armorique, envahie par les Bretons dès l'année 461, était devenue une république indépendante; l'empire avait disparu de la province; il n'en restait plus qu'une trace bien faible dans la personne de Syagrius, fils de cet Égidius qui, dit-on, avait été élu roi des Francs après la fuite de Childéric, chassé par ses compagnons d'invasion.

Syagrius possédait encore, comme officier de l'empire, dont il était le seul représentant dans la Gaule, le territoire de la ville de Soissons.

On comprend le sort du reste de la province; on voit toutes les contrées restées libres fractionnées en gouvernements locaux, ou, pour être plus exact, en *anarchies locales*, suivant l'expression d'un historien contemporain [1].

Cet état de choses dut être très-favorable au christianisme; les esprits tourmentés par les menaces d'une invasion prochaine et par l'absence de toute direction durent adopter avec empressement le seul pouvoir qui, à l'avantage d'une loi religieuse, réunissait celui d'une administration civile ayant déjà succédé à l'administration romaine avant qu'elle fût complétement emportée par le torrent qui devait renverser l'empire.

Ils le durent d'autant plus que l'administration romaine apparaissait à tous les peuples, malgré ses vices et ses tyrannies, avec toute sa grandeur; que tous y tenaient, les uns pour l'opposer à la barbarie, les autres, quelque barbares qu'ils fussent, pour l'imiter.

Et comme le clergé chrétien était et devait rester, longtemps

[1] Henri Martin.

encore, le seul dépositaire éclairé des traditions romaines, il était naturel, et même nécessaire, que les peuples se soumissent à l'épiscopat qui, par ses lumières et son courage, devait être, pour eux, la seule protection sur laquelle ils pussent compter et le seul guide qu'ils pussent suivre.

C'est cette situation qui explique comment Clovis, malgré sa bravoure et l'état de désorganisation de ce qui restait encore de romain dans la Gaule, n'y put faire de progrès sensibles qu'à partir du moment où il se décida à embrasser le christianisme (496), et *comment les évêques et le clergé prirent une si grande autorité dans la première race*[1]; autorité qu'il faut bien se garder d'attribuer uniquement, comme le fait l'auteur de l'*Esprit des lois, à la religion et à la puissance que chez des peuples pareils donne la superstition*, mais que l'épiscopat empruntait, même à cette époque, à la grandeur des institutions du peuple romain et au souvenir de sa puissance.

Ce ne fut en effet qu'en 497 que les Francs parvinrent à se soumettre l'Armorique, et en 498-99 que leur pouvoir s'étendit jusqu'aux bords de la Loire.

Il semble que la ville de Genabum, comme celles du littoral du fleuve, ait disputé à ce moment même un reste de soumission à l'empire; on cite ce passage de Procope : « Les autres « soldats qui étaient chargés de garder les extrémités de la « Gaule, ne pouvant retourner à Rome et ne voulant pas se « donner aux ariens, passèrent aux Armoricains et aux Ger- « mains. »

Ainsi, déjà, les communications avec Rome étaient tellement impossibles que les soldats romains ne pouvaient tenter de retourner en Italie[2].

Orléans était alors et depuis l'invasion des Wisigoths, une des extrémités de la province, et l'on a généralement vu, dans ce passage, qu'il était question de la garnison de cette ville ou de quelques autres dans la même situation topographique, telles que Nantes ou Angers.

S'il s'agit d'Orléans, ce fait ainsi raconté nous représente sa population comme soumise au christianisme, puisque les

[1] Montesquieu, liv. XVIII, chap. 31.

[2] « Alii vero romani milites qui erant in extrema Gallia stationarii, cum nec Ramani redire possent, » etc. (Procopius, *De bello Gothico*, lib. Ier, ch. 12, p. 341.

soldats romains eux-mêmes ne veulent se rendre ni au roi nouvellement converti [1], ce qui eût été trahir l'empire auquel ils croyaient encore appartenir, ni au roi arien des Wisigoths; il nous représente bien plus encore cette cité comme étant une de celles où l'élément romain s'est maintenu, même après la chute du dernier empereur d'Occident.

Mais alors qu'il resterait quelque doute à cet égard, il est certain qu'à partir de la soumission de toute la contrée comprise entre la Seine et la Loire au pouvoir des Francs, la ville d'Orléans, prise ici comme terme représentatif de la Gaule celtique, est sortie d'une période de transition pour entrer dans une ère nouvelle.

La chronologie de ses évêques, jusque-là incertaine, s'établit par la prise de possession de son siége épiscopal; Eusébius est institué évêque d'Orléans par Clovis.

A ce moment le christianisme atteint le dernier de ses progrès dans les Gaules septentrionales, et Clovis peut, à ce point de vue comme à plusieurs autres, mériter la qualification qui lui a été donnée de nouveau Constantin [2].

Son intelligence n'avait pas reçu tout le développement que la civilisation avait donné à celle de l'empereur, mais elle avait plus d'élévation; comme lui il avait conservé des doutes et comme lui il était vindicatif et cruel; mais, comme lui, il savait modérer la violence de son caractère et ne lui donner un libre cours que lorsqu'elle pouvait favoriser ses projets; et les services qu'il a rendus à l'épiscopat orthodoxe peuvent être considérés comme un expédient propre à lui ménager les moyens de poursuivre, sans obstacles, le but qu'il voulait atteindre, de même que la liberté donnée par Constantin à l'exercice du culte des chrétiens, peut être considérée comme un acte de soumission nécessaire à l'influence toujours croissante, alors, du christianisme.

Cependant, dès les premières années de la prise de posses-

[1] Cette circonstance rend non-seulement invraisemblable, mais même détruit la supposition que Clovis fût un officier de l'empire ainsi que quelques écrivains, particulièrement l'abbé Dubos, l'ont avancé.

[2] Bossuet et l'abbé Dubos lui donnent cette qualification; mais Bossuet l'a également donnée à Louis XIV, à l'occasion de la révocation de l'édit de Nantes (oraison funèbre de Letellier).

sion des Francs, la province tendait à reprendre ses anciennes délimitations.

Childéric était mort en 481, et dès l'année 488, Syagrius, le dernier Romain dans la Gaule, avait disparu de cette contrée; les Wisigoths donnaient un signe sensible d'affaiblissement et de décadence, en livrant à son vainqueur, qui le fit périr, ce général romain réfugié sous leur protection[1], et les Burgundes, de leur côté, en consentant, après bien des hésitations, à laisser la princesse Clotilde s'unir au chef des Francs.

Clovis souffrait encore auprès de lui dans le Cambrésis Raghenaher qui l'avait aidé à combattre Syagrius, et dans le Mans Ricomer, frère de ce dernier; mais il méditait sans doute déjà la réunion de ces deux fractions de la Gaule à ses possessions.

Avant de réaliser cette pensée, il voulut étendre sa domination, et il entreprit fa guerre gothique (507) *bellum gothicum*, ainsi appelée par une réminiscence des usages de Rome, dans les actes de ce temps, et particulièrement dans les préliminaires du premier concile d'Orléans.

S'il ne nous est pas permis de suivre ici le conquérant dans cette entreprise, il nous est impossible de nous séparer de son retour, afin de déterminer et le caractère que tendait à prendre alors la monarchie franque, et les conséquences attendues de la victoire qu'il venait de remporter.

On doit admettre, comme certain, que Clovis eut un instant la pensée de continuer l'empire; que l'empereur Anasthase espéra pouvoir se servir utilement de son épée pour restaurer l'autorité romaine en Italie et dans la Gaule; qu'il envoya au roi frank un diadème, la tunique de pourpre et la chlamide consulaire, et que non-seulement Clovis accepta ces insignes impériaux, mais qu'il se donna les honneurs du triomphe dans la ville de

[1] Sismondi s'exprime ainsi à ce sujet : « Grégoire de Tours contre toute « vraisemblance attribue cette lâche action à la peur que Clovis inspirait aux « Wisigoths; il est plus probable que ceux-ci voulurent se défaire du seul « guerrier qui défendit encore contre eux les provinces romaines. » Cependant ce guerrier était en fuite, et la suite a bien démontré que les Wisigoths avaient intérêt à se réunir au chef romain qui ne pouvait plus rien seul, et à mettre aux prises deux ennemis qui auraient pu réciproquement s'affaiblir avant de les attaquer; c'est ce que font très-bien remarquer l'abbé Dubos et Fleury.

Tours, suivant les rites de l'ancienne Rome et enfin qu'il prit les titres d'empereur et d'Auguste[1].

Ces détails acquièrent une bien grande importance lorsqu'on les considère comme un moyen employé par le vainqueur pour se concilier le suffrage du clergé chrétien et celui de tous les habitants des cités qui, certainement, à cette époque, se rattachaient à l'administration et à la civilisation romaines, si même les premiers n'étaient pas tous romains, comme l'enseigne Montesquieu[2], et qui tous ne se livraient au chef barbare que parce qu'ils espéraient l'engager dans cette voie.

Ces tentatives pouvaient séduire et dominer un chef, surtout lorsqu'il était doué d'un esprit supérieur; mais elles devaient être impuissantes sur ses compagnons qui persistèrent à se tenir éloignés des populations subjuguées et se maintinrent dans tous les droits qu'ils tenaient de la loi du plus fort.

La soumission de la Gaule méridionale, qui d'ailleurs ne fut pas entière, ne devait pas changer la situation politique de la ville d'Orléans; celle-ci resta longtemps encore la frontière méridionale de la Gaule franke; Clovis fut beaucoup plus le maître nominal que le maître en réalité de ces contrées dans lesquelles sut se consolider Théodoric, roi des Ostrogoths en Italie; celui-ci conserva Arles et tout le pays entre la Durance et la mer, tandis que les Burgundes, en reprenant leurs premières possessions, rentraient dans Avignon, et que les Wisigoths conservaient la Narbonnaise, moins Toulouse.

Si nous passons de l'examen de la situation intérieure de la Gaule, à cette époque, à l'examen de ses rapports avec l'Italie, depuis l'invasion germanique jusqu'à la célébration du premier concile d'Orléans et à celui de son régime légal, nous pourrons facilement atteindre le but que nous nous proposons.

EUGÈNE BIMBENET.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

[1] Sismondi pense que ces ornements consulaires ne constituent pas le consulat, mais Montesquieu et Henri Martin pensent le contraire avec Grégoire de Tours.

[2] Liv. XXX, chap. 32, sur *le Tribut d'une pinte de vin par arpent.*

RECHERCHES SUR LA MISE EN LIBERTÉ SOUS CAUTION.

Par M. Georges Picot, avocat à la Cour impériale de Paris.

TROISIÈME ARTICLE[1].

Belgique.

En Belgique, nous trouvons le Code français modifié successivement par des lois partielles, mais conservant encore les principes généraux qui ont dirigé le législateur de 1808. A ce titre, nous devons étudier, avant toute autre, cette législation : elle nous indiquera les améliorations tentées par un peuple qui a la même langue et le même caractère que nous, et qui depuis plus de trente ans marche, en évitant les secousses qui nous ont parfois arrêtés, dans la voie du plus sage progrès.

Ce fut en 1851 que fut présenté aux chambres belges un projet de réforme du Code d'instruction criminelle modifiant spécialement les chapitres des mandats et de la liberté provisoire. Le gouvernement faisait remarquer dans l'exposé des motifs « qu'un pouvoir à peu près discrétionnaire était accordé au juge d'instruction en ce qui concernait la détention préventive. Les mandats de dépôt et d'arrêt qu'il avait toujours le droit de décerner étaient irrévocables ; leur effet devait se prolonger jusqu'à la fin de l'instruction, à moins que la chambre du conseil n'accordât la mise en liberté provisoire sous caution, et encore cette mesure était-elle toujours interdite en cas de poursuites à raison d'un fait pouvant entraîner l'application d'une peine afflictive ou infamante. Dans cette situation le gouvernement pensait qu'il était possible de mieux concilier les garanties de la liberté individuelle avec celles que réclament les nécessités de l'instruction judiciaire. » Le projet de loi qui consacrait ces espérances fut définitivement adopté par le sénat le 10 février 1852 après une discussion approfondie qui se termina dans les deux chambres par un vote unanime.

La loi belge[2] conserve les quatre mandats de notre Code,

[1] V. le présent tome, p. 143.

[2] Loi sur la détention préventive, promulguée le 18 février 1852, insérée le 20 au *Moniteur Belge*.

mais elle prescrit leur usage avec plus de précision: après l'interrogatoire de l'inculpé, le mandat de comparution ou d'amener est converti en mandat de dépôt ou mandat d'arrêt suivant les cas que nous allons examiner: lorsque l'inculpé est domicilié et que le fait donne lieu à un emprisonnement correctionnel, le juge d'instruction ne peut décerner un mandat de dépôt que dans des *circonstances graves et exceptionnelles* (art. 2) : la liberté de l'inculpé doit être la règle, la détention préventive l'exception. Cet article contient en outre une importante innovation: en matière correctionnelle le juge ne peut plus décerner de mandat d'arrêt: le mandat de dépôt paraît suffisant; dans ce dernier cas même, le mandat de dépôt décerné par le juge d'instruction n'a que des effets provisoires: si cinq jours après avoir été exécuté il n'a point été confirmé par la chambre du conseil, il tombe de plein droit. Ainsi non-seulement la chambre du conseil a un droit de contrôle sur les actes du juge d'instruction qui commet une erreur ou exagère la gravité des circonstances, mais son abstention pendant cinq jours enlève toute valeur au mandat décerné par lui; de telle sorte qu'aussitôt ce délai écoulé le juge d'instruction ou le procureur du roi devront immédiatement ordonner la levée de l'écrou; et si cette mesure n'est pas prescrite, les magistrats supporteront la responsabilité de leur négligence.

Si le fait est de nature à emporter une peine seulement infamante, la reclusion ou les travaux forcés à temps, le juge d'instruction peut encore ne décerner qu'un mandat de dépôt. Mais ici nous ne rencontrons plus tous les caractères du mandat de dépôt dont on use contre les prévenus de simples délits; avec la gravité de l'inculpation, l'intérêt de la société à s'assurer de l'inculpé s'accroît, l'arrestation provisoire devient la règle; aussi le mandat n'a-t-il plus besoin, en pareil cas, d'être confirmé dans les cinq jours; le juge d'instruction seul lui imprime toute sa valeur. Il peut d'ailleurs, après s'être mis d'accord avec le procureur du roi, laisser l'inculpé en liberté. Cette innovation en matière criminelle n'est pas aussi hardie qu'elle peut sembler au premier abord, puisque la loi ne donne au magistrat qu'une faculté dont il ne doit user que fort rarement et avec l'assentiment du ministère public (art. 3).

Enfin, si le fait emporte une peine afflictive et infamante autre que celles que nous venons de voir, le juge d'instruction n'a

plus à hésiter; il est lié par le texte de la loi; après avoir entendu le ministère public, il doit décerner un mandat d'arrêt qui a, comme en France, un caractère irrévocable (art. 4).

Pour l'étude de la liberté provisoire, nous ne devons donc nous occuper que du mandat de dépôt. La loi de 1852, précédant en Belgique notre loi de 1855, a tranché la question, longtemps débattue, de savoir si le juge pouvait pendant l'instruction lever ce mandat. Ces deux lois lui ont donné son véritable caractère en en faisant une mesure provisoire : l'inutilité peut en être démontrée pendant l'instruction. Dès lors pourquoi le maintenir, si la partie poursuivante est d'accord avec le juge d'instruction? (Rapport au sénat belge.) Mais cet élargissement n'a lieu qu'à la charge pour l'inculpé de se représenter à tous les actes de la procédure aussitôt qu'il en sera requis et sans préjudice d'un nouveau mandat à décerner, s'il y a lieu (art. 5).

Si le juge d'instruction et le procureur du roi persistent à maintenir le mandat de dépôt, l'inculpé peut s'adresser à la chambre du conseil. Nous allons voir comment la loi règle l'exercice de ce recours. La requête doit être communiquée au juge d'instruction qui a décerné le mandat de dépôt. Dans le cas prévu par l'article 2, c'est-à-dire quand le mandat doit être confirmé dans les cinq jours de sa délivrance par la chambre du conseil, le juge d'instruction ne doit faire un rapport sur la requête que dix jours après la décision sur le maintien du mandat de dépôt. Dans le cas prévu par l'art. 3 (reclusion, travaux forcés à temps), le rapport doit être fait dix jours après l'exécution du mandat. Il était indispensable d'accorder un délai au juge; s'il avait dû faire son rapport immédiatement après la remise de la requête, c'eût été l'obliger à exposer les détails d'une procédure incomplète. Après un intervalle de dix jours, les renseignements auront dans la plupart des cas été recueillis, et la chambre du conseil pourra statuer en pleine connaissance de cause. On ne pouvait pas permettre qu'un individu vînt, par une nouvelle requête adressée immédiatement après le rejet de la première, entraver la marche de la procédure. Une nouvelle demande n'est recevable que dix jours après la décision de rejet; dans cet intervalle, des circonstances peuvent se présenter qui justifient la seconde requête. La chambre du conseil a en outre le

droit dans tous les cas, en statuant sur l'inculpation, d'accorder d'office la liberté provisoire. C'est la conséquence des principes qui précèdent. (Rapport au sénat.)

L'élargissement provisoire peut toujours être subordonné à l'obligation de fournir caution (art. 9). Ainsi la loi belge, à côté de la mainlevée pure et simple du mandat de dépôt, permet à la justice d'exiger une garantie accessoire qui puisse assurer la représentation de l'inculpé. Le montant de cette garantie reste indéterminé; tout est laissé à l'arbitrage du juge. Il est de l'essence du cautionnement de varier suivant la position de l'inculpé, la nature du délit, le dommage qui en est résulté, la peine à encourir; c'est sa mobilité qui fait son égalité et son efficacité. (Rapp. de la commission.)

La mise en liberté peut être demandée en tout état de cause; mais la juridiction varie suivant les progrès de l'instruction. En effet, en pareille matière, l'autorité qui a sous les yeux toutes les pièces du procès doit être seule compétente. Aussi la loi ordonne-t-elle de demander l'élargissement — à la chambre des mises en accusation, lorsque cette chambre est saisie de l'affaire, — au tribunal correctionnel, si l'affaire y est pendante, — à la Cour d'appel, si appel a été interjeté, — à la Cour ou au tribunal qui a prononcé la peine d'emprisonnement, lorsque le condamné, pour rendre son pourvoi admissible, voudra se faire autoriser à rester en liberté. Si la condamnation a été prononcée par la Cour d'assises, la demande doit être portée devant le tribunal correctionnel du lieu où siégeait cette Cour.

On statue, sur ces requêtes, par une ordonnance ou un arrêt rendu en chambre du conseil, le ministère public entendu (art. 8). D'ailleurs la loi veut entourer la justice de toutes les lumières; la partie civile est toujours appelée et elle peut adresser ses observations sur le montant du cautionnement à exiger aussi bien que sur le fond même de la mesure (art. 11).

D'après la loi belge, qui conserve en cela le système du Code d'instruction criminelle, l'individu mis en liberté sous caution prend deux engagements : il s'oblige à se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement; une partie du cautionnement garantit l'exécution de cette promesse. Il doit en second lieu, en cas de condamnation, payer les frais, les amendes et les réparations dues à la partie civile; le reste

du cautionnement reçoit cette destination. Cette division du cautionnement est non-seulement indiquée par les deux paragraphes de l'article, mais la loi dispose expressément que l'ordonnance ou arrêt de mise en liberté doit déterminer spécialement la somme affectée à chacune de ces garanties.

De même que sous le régime du Code, la nature de la caution est fort limitée; une somme déposée par l'inculpé ou toute autre personne, ou bien la justification d'immeubles libres pour le montant du cautionnement et une moitié en sus, sont les seuls gages acceptés par la loi. La section centrale de la chambre des représentants avait proposé de permettre de discuter la solvabilité de la caution par tous les moyens de droit : c'était permettre à un homme solvable de s'offrir comme garant sans effectuer un dépôt réel. Cet amendement n'a pas été admis; on a pensé qu'en autorisant à fournir toute preuve de la solvabilité, on ouvrirait la porte à des difficultés de tous genres; on a craint les preuves légèrement données et inconsidérément admises. (Rapp. au sénat.) Est-ce à tort qu'on a refusé de laisser discuter la solvabilité des cautions, et qu'on a décidé de n'accepter comme telles que les personnes qui consigneraient la somme prescrite? Nous sommes tenté de le penser. Les lenteurs et les incertitudes que redoutait la chambre nous paraissent peu à craindre; les enquêtes contradictoires eussent été rares, et la parole d'un chef de maison ou d'un patron venant réclamer l'inculpé employé par eux n'aurait pas eu besoin d'être longtemps pesée.

L'inculpé seul jouit du privilége d'être sa propre caution et de ne rien déposer; l'article 17 a voulu que le juge prît en grande considération la moralité de l'individu, ses ressources de fortune et la nécessité pour sa famille de la continuation de son travail ou de son industrie. (Rapp. à la chambre.) Ainsi il peut, suivant les cas, élargir sans caution celui dont la moralité antérieure garantit la représentation.

Les sommes déposées sont affectées par privilége : 1° aux frais avancés par le Trésor; 2° au payement des réparations civiles et des frais avancés par la partie civile; 3° aux amendes. Si le cautionnement est fourni en immeubles, ces immeubles sont affectés hypothécairement aux trois ordres de créances que nous venons de citer, et en second lieu aux droits de l'État jusqu'à concurrence de la somme déterminée pour la ga-

rantie de la représentation de l'inculpé (art. 18). Le ministère public et la partie civile peuvent prendre inscription hypothécaire sans attendre le jugement définitif (art. 20). Quant à l'impôt du timbre, on a pensé avec raison qu'il serait peu équitable de le faire payer à l'inculpé innocent. Pour obtenir la liberté provisoire dont il n'aurait pas dû être privé, cet individu ne doit pas être tenu de supporter des frais qui auraient un caractère frustratoire : aussi les actes sont-ils enregistrés et visés pour timbre en débet. Les droits ne sont dus que si l'inculpé a été frappé d'une condamnation définitive (art. 19). Enfin il n'est mis en liberté qu'après avoir, par acte reçu au greffe, élu domicile dans l'endroit où se fait l'instruction, si elle dure encore, sinon au siége du tribunal ou de la Cour qui doit connaître de l'infraction (art. 21).

Voyons maintenant ce qui se passe quand l'accusé fait défaut : il est immédiatement saisi ou écroué en exécution d'un mandat d'arrêt décerné par le juge d'instruction ou d'une ordonnance de prise de corps rendue par le tribunal ou la Cour (art. 25). Le président de la chambre ou du tribunal qui a statué sur la mise en liberté provisoire rend, sur la réquisition du ministère public ou sur la demande de la partie civile, une ordonnance pour le payement de la somme cautionnée. Les sommes ainsi recouvrées sont versées à la caisse des dépôts et consignations (art. 22). Nous avons vu que tout cautionnement comprenait deux parties distinctes affectées à des buts spéciaux. En cas de condamnation, la première partie est acquise à l'État du moment que, sans motifs légitimes d'excuse, l'inculpé est resté en défaut de se présenter à un ou plusieurs actes de la procédure ou s'est soustrait à l'exécution du jugement. La deuxième partie demeure destinée à payer les frais, les amendes et les réparations civiles : le surplus est restitué à la caution. Si au contraire l'inculpé est acquitté, il en est tout autrement : non-seulement la seconde partie du cautionnement lui est rendue, mais la première partie elle-même, celle qui avait garanti la promesse qu'il avait trahie, peut lui être restituée par le jugement ou l'arrêt qui le renvoie des poursuites.

C'est là une contradiction qui nous choque et dont la cause remonte au point de départ erroné du législateur belge sur tout ce qui touche au cautionnement. Autant sont larges les

principes qui ont dicté les articles sur la liberté provisoire, autant le système des cautions est étroitement conçu. La loi belge confond les idées les plus distinctes : assurer la représentation de l'inculpé, indemniser le Trésor, empêcher la fuite, garantir les dommages-intérêts, le payement des frais et des amendes, lui paraissent les divers emplois de la somme versée ou de l'hypothèque inscrite. Forçant la caution à payer l'amende et les frais, elle est arrivée à faire dépendre la peine qui doit frapper l'absent de celle qu'on infligera au coupable. En effet, quel est le système de la loi? Un accusé a été élargi sous caution ; il a promis de se présenter devant le tribunal; au jour dit il manque à la parole donnée. Va-t-on saisir immédiatement le gage qui, dès lors, appartient à l'État? Non. Si on le saisit, ce ne sera qu'à titre provisoire, et la somme ne sera acquise définitivement au trésor que dans le cas où l'inculpé aura été reconnu coupable. Que vient faire ici la culpabilité ? Il y a un fait indépendant du délit, un fait spécial qui doit emporter une peine accessoire et qui n'a aucune liaison avec le fond même de la poursuite; qu'il soit absous ou condamné sur le fait principal, l'accusé a trahi dans les deux cas sa promesse, il doit une réparation. Ce point est plus important qu'on ne le pense, car ce système met obstacle à l'élargissement; il contraint le juge à exiger une garantie plus considérable qui assure toutes les conséquences de la condamnation : un ami, certain de la présence de l'accusé au jour du jugement, consentirait à verser la somme fixée, mais il n'est pas disposé à répondre d'un acquittement, et il s'arrête, craignant de perdre en frais et en amendes l'argent qu'il consignerait. On arrive donc fatalement à demander que l'inculpé fournisse une caution qui réponde également de sa représentation et de son innocence. C'est là une déplorable confusion de principes que nous avions à cœur de relever, parce que nous la retrouverons malheureusement ailleurs que dans la loi belge.

En résumé, malgré ses incorrections, la loi du 18 février 1852 a heureusement modifié le Code en accordant au juge une double latitude qui lui faisait absolument défaut en 1808 : d'un côté, il peut mettre en liberté sans aucune espèce de caution; d'autre part, quand il en exige, il n'est limité par aucun minimum. Ce sont deux progrès dont la France jouit depuis quelques années; il nous reste à envier à la loi de 1852 l'esprit libéral qui l'a dic-

tée[1], la rareté de la détention préventive, le mandat de dépôt provisoire qui ne porte son effet qu'après une confirmation expresse de la chambre du conseil, et, par-dessus tout, ces voies de recours si facilement ouvertes à l'inculpé détenu et ce renouvellement de la requête de dix jours en dix jours qui éclaire d'une lueur salutaire, en créant un contrôle, les ténèbres d'une instruction jusqu'alors secrète et irresponsable.

Suisse.

Pour donner rapidement une idée de la législation qui régit la Suisse, il nous suffira de faire ressortir les dispositions des Codes des deux cantons les plus voisins de nos frontières.

Canton de Genève. — Les lois que la conquête française avait imposées sont restées jusqu'ici en vigueur à Genève ; il ne faut pas croire cependant que les Codes de l'empire aient pu s'accommoder complétement aux mœurs de ce pays, depuis si longtemps libre, et qu'ils soient demeurés intacts au milieu de leur indépendance recouvrée : le développement progressif de leurs institutions devait les transformer pour les rendre conformes à leurs souvenirs[2] et à leurs besoins.

[1] On peut consulter les circulaires ministérielles des 21 février 1852 et 9 septembre 1858, comme le meilleur commentaire de la loi et le plus sûr témoignage des vues généreuses du législateur.

[2] Dans le plus ancien document qui fasse connaître l'organisation criminelle de Genève (*Libertés, franchises, immunités, us et coutumes de la cité de Genève*, rédigées par Adh. Fabri, évêque, le 23 mai 1387), nous trouvons mentionnée la liberté sous caution ; elle était de droit dans tous les cas de délits non flagrants. Ces délits devaient être poursuivis à requête particulière, et l'accusateur devait donner caution (V. [premier article, t. XX, p. 81, note 3] les cautions exigées à la même époque, en France, de l'accusé et de l'accusateur) ou être incarcéré pour être puni si la poursuite était jugée téméraire. Les seuls cas où la liberté provisoire ne pouvait être accordée étaient le vol public, l'homicide manifeste, la trahison notoire ou autres crimes publics (flagrants délits).

Restreints par l'édit de 1568, qui établit une procédure secrète tout en laissant subsister plus de garanties qu'en France, les droits des accusés se relevèrent deux siècles plus tard sous l'influence des écrits de Rousseau (*Lettres écrites de la Montagne*), et l'édit de 1768 éclaircit la matière des emprisonnements d'office. Sauf le cas de flagrant délit, aucun citoyen ou habitant ne pouvait être emprisonné d'office sans avoir été mené devant le magistrat qui avait ordonné son arrestation.

Le Code génevois de 1791 maintint toutes les garanties de l'édit de 1768,

Pendant trente ans les Codes français ne subirent toutefois que de faibles altérations; on n'osait pas briser l'unité de la législation impériale : on sentait l'imperfection des détails, mais on respectait l'ensemble. Enfin la constitution de 1847, en posant des principes très-larges, vint nécessiter une modification au moins partielle, et, deux ans après, la loi constitutionnelle du 23 avril 1849 sur la liberté individuelle et l'inviolabilité du domicile, organisait un système complet de garanties. Ce qui doit nous frapper particulièrement dans cette réforme, c'est que rien ne fut changé aux bases fondamentales de l'instruction criminelle établie en 1808. C'est un exemple d'autant plus intéressant à étudier, que l'intention du législateur génevois a été, non pas de faire beaucoup d'innovations au Code français, mais de donner, avec les éléments qu'il fournissait, de sages garanties à la liberté.

Trois mandats sont organisés par la loi, aussi différents par leur durée et leur but que par l'autorité qui les décerne :

1° *Le mandat d'amener* est celui par lequel un magistrat compétent ordonne d'arrêter l'individu prévenu d'un crime ou d'un délit. Dans les poursuites ordinaires il n'y a que trois autorités qui peuvent lancer ce mandat : le juge d'instruction, le conseiller d'État chargé du département de la justice et le directeur de la police centrale; dans le cas de flagrant délit, le procureur général, les juges de paix, les commissaires de police et les maires. L'arrestation prescrite par ce mandat ne peut être maintenue plus de *vingt-quatre heures*; ce temps expiré, aucun magistrat ou directeur de prison ne peut garder le prisonnier

et régle en outre que nul ne pourrait être arrêté que dans le cas où le délit dont il serait prévenu mériterait une peine plus forte que celle d'un mois de prison, en chambre close, au pain et à l'eau. Dans les huit jours de l'arrestation, le juge informateur devait offrir au prévenu de faire décider sur la validité ou la continuation de l'emprisonnement. On exposait alors les causes de l'arrestation devant treize notables; le prévenu alléguait ses moyens de défense de vive voix ou par écrit, et les notables prononçaient : 1° si le délit était de la nature de ceux pour lesquels l'emprisonnement préalable était autorisé; 2° s'il était nécessaire que cette mesure fût continuée ou s'il y avait lieu de libérer le prévenu sans caution ou sous serment de se représenter.

La constitution génevoise de 1790 créait douze grands jurés chargés de statuer pendant un an sur le sort des prévenus. Elle précéda de quatre années la conquête. Ce fut la dernière loi qui porta un caractère absolument national.

sans se rendre passible des peines édictées par la loi. Le prévenu, qui demeure quarante-huit heures en prison sous mandat d'amener est victime d'une détention arbitraire.

2° *Le mandat d'arrêt* est celui par lequel on ordonne d'arrêter et de maintenir en prison, pendant *huit jours* au plus, un individu prévenu d'un crime ou d'un délit. Le juge d'instruction peut, seul, décerner ce mandat. Si le prévenu est détenu sous le coup d'un mandat d'amener, le mandat d'arrêt ne vaut que comme prolongation de la détention préventive durant un terme de huit jours.

3° *Le mandat de dépôt* est celui par lequel la chambre d'instruction ordonne de retenir en prison un individu arrêté sous la prévention d'un crime ou d'un délit.

Ainsi ces trois mandats se suivent et se complétent; un homme est arrêté en vertu d'un mandat d'amener; interrogé dans les vingt-quatre heures, il est de suite mis en liberté ou renvoyé devant le juge d'instruction; celui-ci décerne le mandat d'arrêt ou prononce la mise en liberté. Ce n'est qu'à partir du mandat d'arrêt que commence l'instruction, ce n'est qu'à dater de ce moment que le prévenu est en état de suspicion légale; mais dans le cas où la chambre d'instruction à laquelle a été fait le rapport n'aurait pas décerné dans les huit jours le mandat de dépôt, le juge d'instruction, pour couvrir sa responsabilité, serait obligé d'ordonner l'élargissement de la personne détenue.

La loi reconnaît à tout individu, arrêté en vertu d'un des trois mandats que nous venons de voir, le droit de demander sa mise en liberté sous caution. La liberté provisoire doit toujours être accordée, selon la loi de 1850, lorsqu'il s'agit de délits correctionnels; aucun juge ne peut la refuser au prévenu qui la demande, à moins qu'il n'ait déjà subi une condamnation pour crime ou qu'il ait laissé contraindre sa caution. Quand il s'agit d'un crime, le juge est maître de la refuser. Comme l'élargissement peut être ordonné en tout état de cause, non-seulement le juge, mais la chambre d'instruction, quand le juge est dessaisi, sont compétents pour l'accorder. Quant au montant du cautionnement, la chambre d'instruction peut seule le fixer en ayant égard aux circonstances du fait et au préjudice présumé.

Il peut s'effectuer de trois manières : par le dépôt de la somme

fixée, par une hypothèque sur biens suffisants ou par le cautionnement solidaire de trois personnes solvables. Ce dernier mode, qui constitue une des innovations de la loi, est de nature à simplifier le cautionnement, car un ami n'engageant en pareil cas que sa solvabilité future, la promesse peut être donnée une heure après l'arrestation, tandis que le dépôt réel et l'hypothèque exigent de longues formalités. L'engagement éventuel auquel se soumet la caution est alors limité à la somme promise ; la contrainte par corps étant détruite [1], on ne peut procéder contre elle pour le recouvrement par aucune voie d'exécution corporelle.

Cette loi, qui fonctionne depuis treize ans à Genève, a amené d'excellents résultats. Les lacunes qui frappent au premier abord sont en effet plus apparentes que réelles. Dans la pratique, la liberté provisoire accordée aux prévenus de délits correctionnels n'ébranle pas la répression. La loi ne dit pas que le droit absolu à l'élargissement force le juge à accepter le cautionnement offert quel qu'il soit; dégagé des liens d'un maximum et d'un minimum, le juge peut fixer à un chiffre élevé la caution d'un homme sans domicile [2] ou d'un voleur dangereux, et assurer ainsi, en maintenant la détention préventive, la répression du délit. Mais c'est le système des mandats qui doit spécialement appeler notre attention. Rendre l'arrestation facile en l'entourant cependant de garanties suffisantes, et la détention difficile à mesure qu'elle se prolongerait, tel a été le double but de la loi. Elle l'a atteint en créant ces mandats à échéance fixe, perdant toute leur valeur après un temps donné, et forçant le juge à ne jamais oublier dans la prison le prévenu qu'il y fait détenir.

Canton de Vaud. — Dans le Code de procédure pénale, promulgué à Lausanne par le grand conseil le 1er février 1850, l'organisation des mandats n'offre rien de particulier. « La liberté provisoire est accordée au prévenu lorsque, prenant en

[1] Loi du 23 avril 1819, art. 20.

[2] D'ailleurs il est rare qu'un vagabond soit remis à l'autorité judiciaire : l'article 7 porte..... toutefois les individus arrêtés pour mendicité, vagabondage ou contravention aux lois sur la police des étrangers, peuvent ne pas être remis à l'autorité judiciaire, mais être, dans les vingt-quatre heures de leur arrestation et par ordre du département de justice et de police, mis en liberté ou conduits hors du canton, s'ils sont étrangers.

considération la nature du délit et les circonstances de la cause, le juge estime : 1° qu'il n'en résulte pas d'inconvénient pour l'instruction du procès; 2° que la fuite du prévenu n'est pas à présumer; 3° qu'il n'est pas à craindre que le prévenu abuse de sa liberté pendant l'information; 4° que la mise en liberté n'est pas de nature à produire un fâcheux effet sur l'opinion publique. Le juge peut d'ailleurs, si les garanties personnelles du prévenu ne lui paraissent pas suffisantes, exiger un cautionnement » (art. 77). On le voit, l'arbitraire le plus absolu est laissé au juge de paix qui est chargé de l'enquête; il est maître du sort de l'inculpé; c'est à sa conscience que la loi remet la décision. Dans tous les cas il peut faire arrêter le prévenu, sauf en matière de presse et de contravention du ressort de la police municipale[1]. Avant de statuer sur la mise en liberté sous caution, le juge peut aviser le procureur général et la partie civile, qui, soit verbalement, soit par mémoire, peuvent présenter leurs observations dans les quarante-huit heures. Dès que le juge a rendu sa décision sur le chiffre du cautionnement, la solvabilité de la caution et la validité du titre remis, elle est communiquée immédiatement au ministère public, à la partie civile et au prévenu, qui peuvent recourir au tribunal d'accusation dans les trois jours. Le tribunal rend, dans le plus bref délai, un arrêt motivé, après avoir examiné les pièces et les explications qui lui sont adressées. Le recours ne suspend pas l'exécution de la décision du juge informateur. La liberté provisoire peut être demandée en tout état de cause et déploie ses effets jusqu'à l'exécution du jugement, à moins de décision contraire; mais la valeur des motifs qui engagent à mettre en liberté peut varier si facilement que le Code a également permis au juge d'élargir après avoir d'abord refusé l'élargissement, ou de faire incarcérer le prévenu qui jouissait d'une décision favorable. La caution elle-même peut solliciter sa décharge, mais elle n'est libérée que si l'arrestation du prévenu a pu être effectuée. Toutes ces décisions provisoirement exécutées peuvent donner lieu à un appel au tribunal d'accusation, qui est chargé des recours contre tous les actes du juge informateur.

[1] Le tribunal de police municipale peut prononcer au maximum : 1° la reclusion ou l'emprisonnement n'excédant pas cent jours; 2° l'amende n'excédant pas 400 francs; 3° la réprimande. Il a la connaissance de toutes les infractions qui sont punies de ces peines (art. 24).

Dans tous les cas où le prévenu demeure en liberté provisoire, il doit faire élection de domicile dans le ressort du juge de paix nanti de l'affaire, à moins qu'il n'y soit domicilié. (Sect. 2 *de la Liberté provis.*, art. 77 à 84.)

Le cautionnement est généralement une promesse rédigée en la forme authentique, ou sous seing privé, de payer une somme fixée d'avance, au delà de laquelle la caution ne peut être tenue. Ce maximum est déterminé par le juge, qui ne peut toutefois exiger plus de 4,000 francs. Ce cautionnement peut être remplacé par un dépôt en argent ou par la remise d'une créance. Le gage est destiné à garantir le payement : 1° des frais judiciaires; 2° des amendes; 3° d'une somme représentative de la peine de la détention, calculée à raison de 2 francs par jour. Que signifie ce dernier paragraphe? D'après le Code vaudois, l'engagement de la caution ne produit son effet que dans le cas où le prévenu se soustrairait par la fuite, *soit avant, soit après* le jugement, aux suites de la condamnation. D'où il résulte que le cautionnement n'est point un gage qui assure la présence de l'accusé aux débats, mais une garantie de la peine et de toutes ses conséquences. Cela est si vrai que, pour ne pas ouvrir aux recours contre la caution un champ illimité, la loi a pris soin de dire que le cautionnement serait éteint six mois après le jugement définitif, où dès que le condamné aurait commencé à subir la peine de la prison. Ainsi ce système va jusqu'à mettre à la charge de la caution la fuite d'un condamné, cinq mois après l'arrêt, quand il n'aurait dû sa liberté qu'à l'autorité qui aurait négligé de le faire incarcérer. C'est là une singulière déviation du principe même de l'élargissement provisoire. Aussi n'a-t-on pas osé pousser à l'extrême cette application nouvelle du cautionnement, et le législateur a eu soin d'ajouter que si le condamné vient à être saisi après le payement par la caution de la somme représentative de la détention, il n'en subit pas moins sa peine; mais alors l'État devra rembourser cette somme à la caution qui l'a versée sans cause. D'après le Code de 1850, le cautionnement ne paraît pas devoir s'appliquer aux dommages-intérêts qui étaient mentionnés expressément dans le Code de 1836, où ils figuraient en première ligne.

En résumé, ce qui paraît le plus pratique dans la procédure pénale du canton de Vaud est, sans contredit, l'organisation de

la détention préventive. Aussitôt que le prévenu est mis en état d'arrestation, la responsabilité du juge de paix est engagée; entre le détenu et lui, personne ne s'interpose; non-seulement l'interrogatoire immédiat est exigé, mais le geôlier ne reçoit d'ordres que du juge; aucune mesure de rigueur ne peut être employée contre les détenus; le juge informateur conserve l'inspection de la prison et la surveillance de l'accusé jusqu'au moment où le président du tribunal est nanti des pièces; celui-ci exerce, dès lors, ces attributions jusqu'au moment où le préfet est chargé de l'exécution de la peine; ainsi c'est toujours un magistrat qui prescrit les mesures provisoires, et qu'on ne croie pas à une vaine responsabilité garantie par un texte, mais en fait impossible à saisir. Si le prévenu a des plaintes à faire au sujet de sa détention, le juge ne peut lui en refuser l'insertion au procès-verbal, et il peut, d'ailleurs, adresser directement sa plainte au tribunal d'accusation. Enfin, pour compléter ce système, le prévenu libéré qui a été mis en état d'arrestation et qui estime avoir droit à une indemnité, peut s'adresser par requête au tribunal d'accusation, dans les quinze jours de l'ordonnance de non-lieu. L'indemnité doit être accordée, à l'unanimité des suffrages, après avoir entendu le procureur général.

De l'ensemble de ces dispositions on peut donc conclure que ce Code, bien imparfait en ce qui touche la liberté provisoire, a néanmoins entrevu quelques-unes des garanties protectrices de l'accusé. On retrouve à des degrés divers, dans les deux législations suisses que nous venons de parcourir, des germes féconds qui peuvent se développer sous l'influence généreuse d'un sol libre; par elles-mêmes, les lois que nous avons exposées sont peu de chose : suivant le caractère des hommes qui les appliquent et des institutions qui les font vivre, elles peuvent devenir de puissantes garanties d'ordre et de liberté.

Angleterre.

Que se passe-t-il en Angleterre? Sur quelque objet qu'elle porte, cette question a parmi nous l'heureux privilége de passionner les esprits. On ne trouvera ici ni attaques intéressées ni ardents panégyriques; nous nous bornerons à indiquer ce que devient l'accusé avant le jugement. Cependant, il ne faut pas s'y

tromper, ce n'est pas seulement un droit que nous allons trouver dans ce pays, c'est une suite d'usages profondément enracinés, intimement liés aux mœurs, et dont l'histoire elle-même vient éclairer l'origine.

1° *Origine.*

Les uns[1] ont prétendu que l'Angleterre avait reçu des Romains l'usage des cautions; d'autres[2], plus préoccupés de l'honneur national que de la stricte vérité, ont affirmé que cette loi, si vantée dans la jurisprudence anglaise, était plusieurs siècles auparavant dans la nôtre et que les Anglais nous l'avaient empruntée. Nous ne nous mêlerons point à ces discussions stériles; nous avons vu qu'elle était partout au moyen âge; aucun peuple ne peut donc se vanter d'en avoir joui à l'exclusion de ses voisins. Mais comment l'Angleterre a-t-elle su garder ce droit au milieu de la réaction du XVe siècle? ce serait là le seul point intéressant. L'histoire de sa constitution nous l'apprendrait; nous verrions les Saxons, impuissants à chasser les vainqueurs, chercher la consolation de leur défaite dans la conquête des institutions politiques, puis, de la lutte constante des deux races avec des forces presque égales, naître et se consolider les libertés publiques; nous lirions dans la Grande Charte, qui contient les principes encore respectés depuis six cents ans de la constitution anglaise, la consécration de la liberté individuelle. En défendant toute arrestation ou toute atteinte à la liberté du citoyen, quand elle ne serait pas la conséquence d'un jugement par jurés[3] ou d'un usage consacré par les coutumes locales, elle établissait de fait la liberté provisoire. En effet, voyez la situation des accusés : le roi ne pouvait légalement les faire arrêter avant qu'une décision de leurs pairs n'eût statué sur leur sort, et cependant le crime soulevait l'indignation de tous; on connaissait le coupable; il faisait partie de la centenie dont tous les membres étaient liés

[1] Filangieri, liv. III, chap. 6.

[2] Pastoret, *Ordonn. des des rois de France*, t. XVI, p. 421, note 1.

[3] Magna charta 1215, art. 46. « Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut dessaisietur, aut utlagetur (*outlawed*) aut exsuletur, aut aliquo modo destinatur; nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi, per legale judicium parium suorum, vel per legem terræ. » Le document original (texte anglais), conservé au British Museum, donne à cet article le n° 43.

par une responsabilité commune, chacun avait intérêt à le garder; s'il fuyait, ses voisins, ses amis étaient frappés d'une amende; il fallait donc à tout prix le représenter à la justice, sinon on aurait dû une somme au roi. Dans cette expiation mutuelle si conforme au génie saxon, ne découvre-t-on pas l'origine des cautions si fréquentes en Angleterre, et particulièrement de l'élargissement provisoire? Les amis qui répondent, l'engagement éventuel, le payement subordonné à la fuite, toutes ces formes ont subsisté jusqu'à nous. Aussi haut que nous remontions dans l'étude des lois anglaises, nous retrouvons ainsi les traces de ce droit. Il est inutile de le suivre pas à pas : ce serait une recherche aussi longue que vaine; il vaut mieux voir de suite dans l'étude de la législation contemporaine l'alliance des anciens usages religieusement conservés et des nécessités nouvelles.

2° *Quel est le pouvoir qui met en liberté sous caution?*

Presque tous les magistrats de l'ordre judiciaire pouvaient autrefois élargir sous caution un accusé jusqu'au jour du jugement. Peu à peu cette faculté fut restreinte; aujourd'hui ce sont les juges de paix dans les comtés et les magistrats de police à Londres, qui exercent le plus ordinairement ce pouvoir [1]. Leur fonction les investit naturellement de cette compétence. Un homme vient d'être arrêté; il est immédiatement amené devant le juge de paix; il est interrogé; le magistrat reconnaît qu'il ne lui appartient pas de juger l'affaire, il doit renvoyer devant le jury; il ordonne que l'accusé sera enfermé jusqu'à son jugement dans la maison de détention; ou bien l'affaire est de sa compétence, mais il faut citer un témoin et jusqu'au lendemain l'arrestation est maintenue. Dans ces deux cas, c'est depuis la sortie de l'audience du juge de paix jusqu'à la comparution devant la juridiction de jugement que l'accusé peut réclamer sa mise en liberté sous caution (*bail*). Généralement celui-ci demande au juge, avant d'être remmené en prison, de vouloir bien fixer le montant du cautionnement qu'il devra

[1] Les magistrats de police, qui sont de création récente, ont les mêmes attributions judiciaires à Londres et dans les grands centres de population que les juges de paix dans les comtés. Aussi employons-nous indifféremment ces deux termes pour signifier le juge chargé de la première information dans toutes les affaires criminelles et correctionnelles. Au point de vue de la procédure, ils ne diffèrent que par la nécessité pour les juges de paix de faire tous les actes à deux, tandis que le magistrat de police peut agir seul.

fournir pour vaquer à ses affaires personnelles jusqu'au jugement. Quelquefois le magistrat s'adressant le premier au prisonnier offre de le mettre en liberté, mais il n'agit ainsi que dans les affaires où les charges sont douteuses; le magistrat craint alors d'envoyer le prévenu en prison et il s'efforce d'alléger sa responsabilité en atténuant les conséquences d'une erreur.

Le juge de paix peut élargir les accusés de délits (*misdemeanors*) et de crimes (*felonies*), mais il ne peut jamais connaître d'une accusation de haute trahison [1]; en pareil cas, toute demande de liberté provisoire doit être adressée à un secrétaire d'État ou à un juge du banc de la reine [2].

Le constable et à plus forte raison l'inspecteur de police qui commande la station où est amené, le soir ou pendant la nuit, l'individu arrêté ont le droit, quand il s'agit d'un petit délit ou d'une contravention, de mettre en liberté provisoire l'inculpé en lui faisant prendre l'engagement de se présenter à dix heures du matin, c'est-à-dire dès l'ouverture de l'audience, devant le magistrat. Cette promesse est inscrite sur le registre de la station de police et reportée sur la feuille volante qui constitue le seul dossier remis au magistrat et qui contient le nom de l'inculpé, sa demeure, le motif et l'heure de son arrestation, les témoins du fait, l'engagement pris par lui de comparaître, la somme promise en garantie, ou le nom des amis qui l'ont cautionné. Cet engagement a la même valeur au point de vue du recouvrement que s'il était pris devant le magistrat, mais le prévenu ne peut jamais l'exiger. C'est une faveur que le constable accorde dans la pratique sous sa responsabilité personnelle.

Un acte voté dans la session de 1859 a investi les *coroners* du droit de mettre en liberté sous caution : ces magistrats, chargés par la couronne de diriger une enquête dans

[1] Autrefois les accusés de meurtre ou d'incendie ne pouvaient être élargis par le juge de paix. « In omnibus placitis de felonia solet accusatus per plegios dimitti, præterquam in placito de homicidio. » « Sciendum tamen quod in hoc placito, non solet accusatus per plegios dimitti, nisi ex regia potestatis beneficio. » (Glan., liv. XIV, c. 1 et 3.) Vid. Stephen's commentaries, IV, p. 406, ou Bl. comm., IV, p. 299.

[2] Sous le règne de la reine Élisabeth cependant, l'opinion unanime soutenait qu'aucune Cour ne pouvait élargir un accusé de haute trahison, emprisonné par ordre d'un conseiller privé.

tous les cas où il y a mort d'homme et de présider le jury chargé de décider en fait quelle est la cause de la mort, n'étaient pas compétents pour mettre en liberté sous caution; c'était une lacune regrettable qui entraînait de fort longs retards en obligeant l'accusé à se présenter ensuite devant un juge de paix: l'acte de 1859 a donné le droit au coroner de mettre en liberté, après le verdict du jury d'enquête, les accusés de meurtre ou de coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner (*manslaughter*).

Quand un juge de paix a refusé de mettre en liberté un prisonnier ou lui a demandé une caution trop élevée, celui-ci a une voie de recours contre cette décision; il peut s'adresser à un juge du banc de la reine, le magistrat prévenu de l'appel envoie son greffier (*clerk*) avec les dépositions auprès du juge qui statue aussitôt et ne réforme que très-rarement la décision du juge de paix. Si le juge du banc de la reine conçoit des doutes sur la solution à donner, il peut porter l'affaire à l'audience pour avoir l'avis de ses collègues. Au-dessus de l'autorité du juge du banc de la reine, nous ne trouvons aucun tribunal, car le recours à la Chambre des lords ne peut être considéré comme un appel régulier; c'est une juridiction tout exceptionnelle [1].

3° *Dans quel cas les accusés jouissent-ils de ce droit?*

L'acte du 14 août 1848 (11 et 12 Victoria), qui a réorganisé les juges de paix et fixé leurs droits, règle ce point avec la plus grande précision; toutes les infractions sont divisées au point de vue de la liberté provisoire en deux classes: dans l'une, le juge de paix a un pouvoir absolument discrétionnaire [2], il peut mettre en liberté l'accusé qui offre une garantie suffisante ou rejeter sa demande; dans l'autre classe, il est contraint par la loi d'é-

[1] Les personnes arrêtées par ordre d'une des deux Chambres du Parlement ne peuvent être élargies sous caution que par la Chambre elle-même.

[2] La section 23 du statut énumère les faits dans lesquels le juge de paix a le droit *d'accorder ou de refuser* l'élargissement provisoire: ce sont tous les crimes (*felonies*), les tentatives de crimes, escroqueries, recels, parjures, subornation de témoins, dissimulation de naissance, outrage public à la pudeur, émeute, violences à la suite d'une coalition d'ouvriers, coups à un agent de la force publique dans l'exercice de ses fonctions ou à toute personne lui venant en aide, négligence ou indiscipline d'un agent.

Il est curieux de remarquer que la loi proposée en 1843, aux Chambres françaises, rangeait dans la catégorie d'exception tous les mêmes délits.

largir l'accusé détenu [1]. En résumé, pour tous les crimes et les plus graves délits la liberté est une faveur; pour toutes les autres infractions, elle est un droit. Tel est le principe général qu'on peut faire ressortir des textes; l'acte de 1848 donne une idée exacte de la jurisprudence; quand le statut a été rédigé, il venait convertir en lois une série d'usages; il n'a donc rien innové, et il est entièrement conforme à la pratique.

[1] Cet article était déjà sous presse quand une brochure de M. Bertrand, juge d'instruction au tribunal de la Seine, a été publiée traitant de la détention préventive en Angleterre. Cette distinction des prévenus en deux classes, dont l'une implore une faveur et l'autre réclame un droit, y est niée de la manière la plus formelle. Il est donc nécessaire de mettre les textes sous les yeux du lecteur pour faire cesser tous les doutes et établir définitivement la vérité.

L'acte du 11 août 1848, qui organise la compétence des juges de paix, s'occupe, dans le chapitre 43, des crimes et des délits qui doivent être jugés par le jury (*indictable offences*). La section 23 de ce chapitre règle ce qui est relatif à la liberté sous caution, qu'aucune loi plus récente n'a modifiée. Voici les termes mêmes de la loi : « Dorénavant, toutes les fois qu'une personne com-« paraîtra ou sera amenée devant un juge de paix sous l'accusation de crime, « de tentative de crime, etc..... (V. dans la note précédente la liste com-« plète), le juge de paix pourra, *à sa discrétion*, la mettre en liberté sous « caution si elle offre des sûretés qui paraissent suffisantes pour assurer sa « comparution devant le jury....., et, quand une personne sera accusée de-« vant un juge de paix de tout délit de la compétence du jury autre que « ceux mentionnés plus haut, le juge, après avoir noté les dépositions, *au lieu* « *de renvoyer le prévenu en prison*, DEVRA *le mettre en liberté sous caution;* « mais si le prévenu a déjà été renvoyé en prison, il aura le droit de s'adres-« ser au juge de paix qui visite la prison ou à tout autre du même comté. » Sect. 28 : *And be it enacted, that where any person shall appear or be brought before a justice of the peace charged with any felony..... such justice of the peace may*, IN HIS DISCRETION, *admit such person to bail, upon his procuring and producing such surety or sureties as in the opinion of such justice will be sufficient to ensure the appearance of such accused person..... and where any person shall be charged before any justice of the peace with any indictable misdemeanour other than those herein before mentioned, such justice, after taking the examinations in writing as aforesaid*, INSTEAD OF COMMITTING HIM TO PRISON FOR SUCH OFFENCE, SHALL ADMIT HIM TO BAIL *in manner aforesaid, or if he have been committed to prison, and shall apply to any one of the visiting justices.....* Ce serait affaiblir le témoignagne d'un texte aussi positif que de citer les commentateurs de la loi, qui, loin d'élever une controverse sur le sens qu'elle présente, ont tous affirmé le droit à la liberté sous caution d'une classe nombreuse de prévenus (V. le manuel qui est entre les mains des magistrats de Londres : *Jervis's acts*, p. 47).

Le juge peut encore mettre en liberté provisoire quand il renvoie l'affaire à une autre audience : souvent l'absence d'un témoin ou quelques recherches rendues nécessaires par le premier débat motivent une remise de deux ou trois jours ; en pareil cas, si le juge n'a pas de raison de craindre la fuite de l'accusé, il peut le laisser libre purement et simplement ; souvent il lui fait prendre un engagement, mais l'emprisonnement provisoire est fort rare.

Le prévenu auquel on refuse injustement sa mise en liberté a trois moyens de se faire rendre justice. Nous avons vu plus haut l'appel à un juge du banc de la reine ; la seconde voie de recours est ouverte quand le refus d'élargir a été fait méchamment : le prévenu peut alors poursuivre directement le juge devant les Cours supérieures. Enfin, quand ni l'usage ni la jurisprudence n'ont suffi à lui faire rendre justice, il peut invoquer l'acte d'*Habeas corpus* qu'il n'est point permis de passer sous silence.

L'acte d'*Habeas corpus* qui passe, après la grande Charte, pour le fondement des libertés anglaises, permet au prisonnier d'éviter toute détention contraire aux règles que nous avons énoncées plus haut[1]. Tout homme arrêté peut exiger du gardien de la prison une copie du mandat et le forcer à le lui remettre dans les six heures[2]. Muni de cette pièce, le prisonnier adresse une requête au chancelier ou à tout autre juge de la cour du banc de la reine qui devra délivrer immédiatement un ordre d'*Habeas corpus*[3]. Le détenu sera alors extrait de la prison[4], amené devant le juge qui pourra maintenir sa détention ou bien, si la loi permet son élargissement, le mettre en liberté en exigeant des sûretés qui garantissent sa présence devant le jury. Une personne délivrée par l'acte d'Habeas corpus ne peut plus être arrêtée de nouveau pour le même fait, à peine de 500 livres

[1] L'acte d'*Habeas corpus* fut voté par le Parlement, sous le règne de Charles II, 31e année, 1680. Il a été confirmé et augmenté sous Georges III.

[2] Tout gardien négligeant de donner, dans les six heures de la demande par le prisonnier, une copie du mandat d'arrêt, sera condamné à 100 liv. de dommages-intérêts pour un premier refus et à 200 liv. pour un second (Act., § 4).

[3] Les ordres doivent porter la mention « Habeas corpus, » et être signés par le juge qui les délivre (Act., § 2).

[4] L'ordre doit être exécuté, et le prisonnier ramené dans un délai proportionné à la distance, et qui n'excédera jamais vingt jours (Act., § 3).

de dommages-intérêts. La loi ne s'est pas bornée à protéger les victimes d'arrestations arbitraires, elle a cherché à imposer un terme aux détentions avant le jugement. C'est pourquoi le même acte établit en principe que toute personne poursuivie devra être jugée dans la plus prochaine session ou admise à fournir caution, et que si un prisonnier n'est pas jugé dans la seconde session qui suit son crime, il aura le droit d'attendre en liberté sa comparution devant le jury.

Telles sont les dispositions du statut que les Anglais considèrent comme un des plus puissants remparts de leurs vieilles libertés. Confondant facilement l'effet et la cause, la nation s'est fortement attachée à la liberté provisoire et à ce système de cautions qu'elle voyait appliqué comme un remède partout où la liberté individuelle était menacée. La Charte la plus ancienne, la loi la plus populaire, la déclaration solennelle des droits [1] reconnus au peuple par une dynastie nouvelle parlent également de liberté du citoyen et des cautions qu'il devra fournir comme des deux termes d'une même idée : c'est le moyen pratique que le bon sens du législateur ne sépare jamais du but à atteindre.

4° *Quelles sûretés exige-t-on ?*

En France, tout cautionnement se produit sous forme d'un dépôt d'une somme d'argent ; en Angleterre, au contraire, ce moyen n'est jamais employé, et nous voyons presque partout une promesse éventuelle de payement remplacer notre système de consignation.

La personne qui se présente comme caution s'engage à verser au trésor, si la condition se réalise, une somme fixée d'avance. Par exemple, un ami prend l'engagement solennel et par écrit (*recognisance*) de payer à la reine 10 livres si le prévenu fait défaut au jour du jugement. Jamais une caution ne dépose une somme d'argent ; c'est une promesse pour l'avenir et qui ne sera exigible que dans le cas de la non-comparution du prévenu élargi. Ainsi, pour la caution tout est plus simple

[1] Lorsque le Parlement appela au trône d'Angleterre le prince et la princesse d'Orange (Guillaume et Marie), le 13 février 1688, il vota une sorte de Charte (*Bill of rights*) en treize articles ; le dixième contenait ces mots : "*That excessive* BAIL *ought not to be required, nor excessive fines imposed.*" On n'exigera ni cautions trop élevées ni impôts trop lourds ; — tant ce droit semblait résumer en lui la liberté même du peuple anglais?

qu'en France; les risques sont bornés, la responsabilité limitée au cas de fuite de l'accusé. Il n'y a pas d'argent à consigner, enfin la caution est assurée que la somme promise ne sera jamais employée à payer les amendes et les frais, puisqu'elle sera déliée de tout engagement avant l'ouverture des débats, dès l'instant où le prévenu se sera présenté devant le jury. Il y a là une précision et une certitude qui doivent faciliter les cautionnements; parmi nous que d'embarras pour verser une somme! que de lenteurs et de délais pour la retirer du greffe! Ici tout est rapide; la caution n'a qu'à faire sa promesse devant le magistrat; elle ne signe même pas; le juge de paix donne à l'acte son caractère solennel [1]. Plus tard, si l'accusé se présente au jour dit, l'obligation est nulle et n'emporte aucun effet. S'il fait défaut, le juge constate son absence par une mention inscrite au dos de l'acte de cautionnement transcrit sur parchemin. En déclarant que l'accusé a forfait à sa promesse, il donne force exécutoire à l'obligation [2]. Il décerne en même temps un

[1] Voici d'ailleurs le texte de l'*acte de cautionnement : Le 1er juin de l'an de N. S.* 1682, *Jean, ouvrier brasseur; Pierre, épicier, et Paul, boucher, se sont présentés en personne devant nous, juge de paix de Sa Majesté pour le comté de....., et ont reconnu successivement devoir chacun, à la reine ou à ses successeurs, les sommes suivantes : Jean, la somme de* 10 *livres; Pierre et Paul, celle de* 20 *livres de bonne et loyale monnaie d'Angleterre, à recouvrer et liquider sur leurs biens meubles ou immeubles si ledit Jean manque à la condition ci-jointe. Engagement pris et reconnu lesdits jour et an, devant nous, juge de paix.* — La condition est ainsi conçue dans les cas ordinaires : *La condition de la reconnaissance ci-jointe est que Jean, prévenu devant moi d'avoir commis.....* (on rappelle sommairement le fait), *paraîtra devant la Cour de....., à la prochaine session qui se tiendra dans le comté de.....; qu'il se remettra à la garde du geôlier de la maison de justice; qu'il acceptera le débat sur le fait ci-dessus rappelé tel qu'il sera qualifié par le grand jury, et qu'il ne quittera pas l'audience sans la permission de la Cour. S'il remplit ces conditions, l'engagement ci-joint est nul; s'il y manque, l'obligation portera son plein et entier effet.* De plus, on remet à l'accusé et à ses cautions l'avis suivant : *N'oubliez pas que vous Jean, vous êtes engagé pour la somme de* 10 *livres, et que vos cautions, Pierre et Paul, se sont engagées pour celle de* 20 *livres; que vous, Jean, devez comparaître* (énumérer les conditions de l'acte) *devant la Cour, et que, faute de ce faire, l'obligation souscrite par vous et vos cautions sera poursuivie par toutes voies de droit.* Signé : le juge de paix. Cet avertissement donné sans frais, comme tous les actes relatifs à la liberté sous caution, rend inutile les citations dont il évite les frais.

[2] *Je certifie que ledit Jean ne s'est pas présenté à l'heure et au lieu men-*

warrant pour arrêter le prévenu et prescrit la poursuite des cautions qu'il aurait le droit de faire saisir, car elles sont contraignables par corps [1]. Toutefois elles ne subissent pas de jugement et ne peuvent être frappées d'aucune peine à moins qu'elles n'aient favorisé la fuite du coupable, manœuvre que la loi anglaise punit sévèrement. Du moment que le défaut du prévenu est certain, la somme promise par lui et ses amis est acquise à la reine; c'est une dette envers le Trésor de même nature que celle résultant de toute autre amende et dont le recouvrement sera poursuivi par les voies d'exécution ordinaires.

La loi anglaise n'a négligé aucun moyen de faciliter la liberté provisoire. Souvent le juge voudrait élargir un prévenu qui ne peut fournir de caution; en pareil cas, le magistrat, en l'envoyant en prison, mentionne au dos du mandat qu'il ne s'oppose pas à l'élargissement et que si une caution venait à s'offrir, elle devrait fournir une somme qu'il fixe. Lorsque plus tard un ami se présente, le juge qui visite la prison peut, sur la production du mandat, mettre en liberté le détenu [2].

Quelquefois il arrive qu'un ami éloigné ne peut se transporter pour garantir la présence de l'accusé; on fait alors un double du certificat de consentement donné par le magistrat [3]. On l'expédie à la caution; celle-ci le porte au juge de paix de son domicile et prend devant lui l'engagement solennel, puis on renvoie les pièces au gardien de la prison et le juge ordonne la mise en liberté du détenu après lui avoir fait prendre l'engagement de se représenter.

tionnés dans la condition ci-contre, qu'il a fait défaut, et qu'en conséquence il a forfait à la promesse.

[1] Comme conséquence de l'immunité dont jouissent les membres du Parlement, il a été décidé qu'ils ne pourraient servir de caution; n'étant pas soumis à la contrainte par corps, on n'aurait pas le droit de les poursuivre dans le cas où le prévenu trahirait son engagement. (Aff. de M. Feargus O'Connor, qui s'était spontanément offert pour cautionner M. Ernest Jones, le 11 juin 1848, devant le magistrat de Bow-street.)

[2] Consentement à l'élargissement donné par le juge au dos du mandat d'arrêt : *Je certifie que je consens à l'élargissement du nommé Jean qui fait l'objet du mandat ci-contre, s'il promet une somme de 10 livres, et ses deux cautions chacune une somme de 20 livres. Signé : le juge de paix.*

[3] Double du certificat de consentement : *Attendu que le..... Jean a été renvoyé par moi dans la maison de justice de....., sous l'inculpation de....., je certifie que je consens à son élargissement* (à telles conditions).

Si une caution, après s'être engagée à garantir la comparution du prévenu, et avoir obtenu son élargissement provisoire, concevait quelques inquiétudes sur sa conduite, elle pourrait se présenter devant le juge de paix pour implorer sa décharge : elle exposerait ses craintes et les raisons de croire à un projet de fuite : le magistrat chargerait alors un constable d'arrêter le prévenu. Dès que celui-ci serait remis sous la main de la justice, l'ancienne caution serait déchargée et le magistrat renverrait le prévenu en prison à moins que de nouvelles sûretés ne soient offertes.

En donnant au juge une grande latitude, la loi et plus encore la jurisprudence a pourvu à toutes les difficultés. Le magistrat, dégagé des entraves qui resserraient jadis son action, a aujourd'hui toute liberté pour fixer la nature et le montant des sûretés qu'il exige. Il peut exceptionnellement se contenter d'une simple promesse de se représenter de même qu'il a le droit d'exiger des sommes qui nous paraîtraient excessives. Il n'a d'autre règle que son appréciation [1], seulement il ne doit jamais accepter pour cautions que des personnes domiciliées (*householder*) et présentant quelques garanties personnelles.

En résumé, nous ne trouvons pas seulement en Angleterre le meilleur mode de cautionnement et l'application la plus pratique du système, mais un usage qui a pris place au premier rang parmi les lois de la nation. Grâce à la liberté provisoire et à l'organisation si simple et si puissante des juges de paix dans les comtés, des magistrats de police à Londres, la détention préventive a disparu pour la plupart des délits [2]; elle n'existe

[1] Un magistrat de Londres m'a dit avoir exigé et obtenu, dans une affaire grave, une somme de 5,000 livres (125,000 francs).

[2] Depuis que l'étude de la procédure criminelle anglaise est à l'ordre du jour, la plupart des auteurs se sont attachés à démontrer que la liberté individuelle était plus respectée chez nous que chez nos voisins. Pour arriver à prouver ce fait, qui avait tout au moins le mérite de la nouveauté, on a mis en regard des chiffres qui, n'ayant pas la même signification, ne sauraient être comparés. M. Bertrand a commis sur ce point une grave erreur que nous hésitons d'autant moins à relever qu'elle est une des rares inexactitudes qui déparent la sérieuse étude qu'il vient de publier. Il a rapproché (p. 29) des 74,360 arrestations opérées en 1858, à Londres, les 13,106 faites dans le même temps à Paris, et il en a conclu qu'on avait arrêté, à Londres, 29 personnes sur 1,000, tandis qu'à Paris la modération de la police avait réduit ce chiffre à 7, 5 sur 1,000. La différence serait saisissante et le calcul juste si le chiffre de 13,106 indiquait, dans la statistique française, le nombre

plus que pour les faits les plus graves. Là encore, elle est restreinte par l'usge dans de sages limites qu'on ne saurait franchir sans risquer d'affaiblir la répression ; aussi peut-on répéter avec tous ceux qui ont étudié de bonne foi la justice criminelle anglaise, et vu fonctionner dans le pays même le jeu de ses institutions, que nulle part la liberté du citoyen n'a été de nos jours mieux respectée et plus efficacement garantie.

GEORGES PICOT.

(*La suite prochainement.*)

des personnes arrêtées ; mais il ne représente que le chiffre, bien autrement restreint, des gens déférés par le substitut aux juges d'instruction du petit parquet (stat. de 1858, tabl. CXXXIV). Tandis que le chiffre de 74,360 publié par le gouvernement anglais comprend le nombre total des personnes amenées à la station de police ou devant le magistrat permanent, quel que soit le motif ou la brièveté insignifiante de leur arrestation. Nous allons rappeler rapidement les quatre catégories négligées par M. Bertrand, et cette omission nous prouvera qu'on ne saurait s'arrêter aux conclusions qu'il prétend tirer de ces chiffres.

1° Nous savons par une note mise au bas de la page 245 (compte gén.) que le nombre des personnes mises en liberté au petit parquet, par le ministère public seul, avant leur comparution devant le juge d'instruction, a été à Paris de 2,200. Il y a donc eu 15,306 personnes arrêtées, livrées en 1858 au petit parquet, et non 13,106, comme on l'affirme.

2° Ce chiffre de 15,306 ne comprend que les arrestations sans mandat de juge d'instruction ; en effet, tous les prévenus arrêtés en vertu d'un mandat décerné par le juge, étant amenés directement au cabinet du magistrat déjà saisi de l'affaire et ne passant point au petit parquet, ne sont pas portés au tableau CXXXIV. C'est au tableau CXXII que nous les trouvons ; à la colonne 31 on lit : 11,274 détentions préventives pour Paris, c'est-à-dire 11,274 mandats de dépôt ou d'arrêt ; or comme le petit parquet n'en décerne que 9,248, nous devons ajouter 2,026 au nombre total des individus livrés à la justice par la préfecture de police, ce qui compose un chiffre officiel de 17,332.

3° Cela ne suffit pas pour établir le nombre des personnes arrêtées chaque année dans Paris, puisque nous avons absolument négligé les individus mis en liberté ou détenus administrativement par la préfecture, qui ne sont jamais livrés à la justice. Si l'on songe qu'il y a d'abord les filles soumises détenues à Saint-Lazare par mesure administrative, puis les vagabonds relâchés parce qu'ils sont réclamés ou arrêtés pour la première fois, les ouvriers sans ouvrage, les mendiants ou infirmes auxquels la préfecture accorde un secours de route pour retourner dans les départements, on devinera quel chiffre atteint cette catégorie qui ne se trouve point mentionnée, comme en Angleterre, dans les statistiques judiciaires ni dans aucun document officiel.

4° Il y a enfin la classe la plus importante, celle des individus amenés chez le

commissaire de police et relâchés après un premier interrogatoire. On appréciera quel en peut être le nombre en pensant que tout individu pris en contravention qui ne justifie pas au sergent de ville de son identité, toute personne domiciliée, prévenue du plus léger délit, est amenée au bureau de police, et que ces individus relâchés quelques heures après ne sont jamais envoyés à la préfecture.

Si nous osions fixer un chiffre qui maintenant se rapprocherait sensiblement de celui de Londres, nous ne voudrions pas encore les comparer. Pour établir un rapport numérique, il faut des institutions presque analogues; ici tout diffère, les mots comme les idées qu'ils représentent : arrestation, magistrat de police, comparution forcée, rien ne peut être mis en regard de ce que nous avons. Il faut n'avoir jamais assisté à une audience du magistrat anglais pour croire que l'arrestation ait la même valeur à Londres et à Paris. Peut-on sérieusement comparer une arrestation d'une heure ou deux aussitôt suivie d'une comparution devant un magistrat de l'ordre judiciaire, qui pour tous les petits délits mettra immédiatement l'inculpé en liberté, et l'arrestation d'un prévenu qui n'obtiendra, qu'après deux interrogatoires administratifs, d'être amené au plus tôt dans les vingt-quatre heures devant son juge?

BIBLIOGRAPHIE.

COURS DE POLITIQUE CONSTITUTIONNELLE,

Ou COLLECTION DES OUVRAGES PUBLIÉS SUR LE GOUVERNEMENT REPRÉSENTATIF, par Benjamin CONSTANT, avec une introduction et des notes par Édouard LABOULAYE, membre de l'Institut; 1861.

Compte rendu par M. A. BERTAULD,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

Les écrivains, même ceux qui ont conquis la célébrité, n'ont pas toujours la bonne fortune d'attacher leur nom aux idées qu'ils ont le mieux défendues. La vérité a quelquefois besoin de rencontrer des dispositions d'esprit, des préoccupations qui en facilitent l'intelligence et en assurent la popularité. L'honneur de la thèse, lorsque, réduite à ses propres forces, elle n'a obtenu ni le crédit ni même l'attention, appartient en général aux auteurs qui disent avec à-propos, qu'ils connaissent ou ne connaissent pas leurs devanciers, ce qui a été déjà dit dans des conditions moins favorables.

L'une des questions qui, dans ces derniers temps, ont paru exciter le plus d'intérêt de la part des esprits sérieux, c'est incontestablement la question des limites à assigner à la souveraineté sociale. Je n'ai plus à prouver qu'il s'agit d'un problème de très-ancienne date, qui, s'il n'a pas à toutes les époques inspiré le même degré de sollicitude, n'a cependant jamais été oublié. Je veux seulement rappeler qu'un publiciste, qui a rendu de grands services à la cause de la liberté en France, l'avait jugé bien digne d'étude et l'avait présenté sous son véritable jour. Je parle de Benjamin Constant, dont le *Cours de politique constitutionnelle* vient d'être réédité sous la direction et avec une introduction de M. Laboulaye.

Benjamin Constant a réagi avec beaucoup de vigueur contre la théorie qui accorde à la souveraineté sociale un pouvoir sans bornes, sous la seule condition que cette souveraineté appartienne au peuple. Il a signalé, avec autant d'exactitude que d'énergie, la méprise d'une école, malheureusement encore trop nombreuse, qui ne songe qu'à déplacer l'autorité, et serait même plutôt disposée à l'étendre qu'à la limiter. C'est, a-t-il très-sensément dit, contre le degré de force, et non contre les dépositaires de cette force, qu'il convient de lutter; c'est contre l'arme, et non contre le bras, qu'il faut sévir. Il y a une partie de l'existence humaine qui doit rester indépendante et qui est, de droit, hors de toute compétence sociale. La souveraineté de la société et la liberté individuelle ont chacune une sphère, un domaine à part, et les usurpations de l'une sur l'autre sont des actes ou de tyrannie ou d'anarchie. Il est des droits individuels inviolables pour la société, parce qu'elle ne saurait y attenter sans manquer à son but essentiel, qui est d'assurer leur libre et pacifique développement.

« La reconnaissance abstraite de la souveraineté du peuple « n'augmente en rien la somme de liberté des individus, et, si « on attribue à cette souveraineté une latitude qu'elle ne doit « pas avoir, la liberté peut être perdue malgré ce principe ou « par ce principe. »

L'assentiment de la majorité ne suffit pas pour légitimer les excès de pouvoir, les empiétements de la société. Lorsque l'autorité sociale franchit le cercle de sa juridiction, il importe peu de quelle source elle se dise émanée; *il importe peu qu'elle se nomme individu ou nation; elle serait la nation entière moins*

le citoyen qu'elle opprime, qu'elle n'en serait pas plus légitime.

Benjamin Constant explique très-bien comment les hommes de parti, quelque pures que leurs intentions puissent être, sont peu enclins à limiter la souveraineté. *Ils se regardent comme des héritiers présomptifs, et ménagent, même dans la main de leurs ennemis, leur propriété future.*

L'école doctrinaire, qui a témoigné quelques dédains pour notre publiciste, s'est bien aussi attachée à démontrer qu'il n'y a pas en ce monde de souveraineté sans borne; mais elle a cherché cette borne dans la raison et la justice, c'est-à-dire qu'elle a essayé, non de déterminer l'objet du pouvoir et la matière de son exercice, mais de trouver la règle à laquelle il doit obéir ou dont au moins son devoir est de s'inspirer.

La souveraineté terrestre, suivant M. Royer-Collard et M. Guizot, a une mission : c'est d'imposer le bien et le juste par ses lois. Le législateur ne crée pas le droit, il le découvre. La volonté du grand nombre, la volonté même de tous a, au-dessus d'elle, une loi non écrite qui la juge, la condamne ou la justifie, suivant qu'elle s'écarte ou se rapproche d'un type dont l'empreinte reste toujours dans la conscience humaine.

Le vrai, le durable titre de l'école doctrinaire, cette école essentiellement spiritualiste, c'est d'avoir mis en lumière l'idée d'obligation planant sur la tête des pouvoirs, quels qu'ils soient, et les primant moralement au moment même où ils commandent. Mais cette école nous semble avoir négligé la question d'attributions de la souveraineté; elle recommande au souverain de ne pas abuser de sa toute-puissance, mais elle ne la lui conteste guère, peut-être parce que, en fait, elle voit trop de difficultés à faire respecter les restrictions qu'elle voudrait apporter.

Mais est-il donc plus aisé de faire respecter au pouvoir social la loi de la raison et de la justice qu'une loi de compétence? L'embarras de la sanction n'existe-t-il pas pour l'une comme pour l'autre loi? Ne serait-ce point aussi que l'école doctrinaire ne voudrait laisser aux gouvernés que la liberté du bien, en leur déniant la liberté du mal? Dans ce système, le pouvoir social aurait une compétence absolue, sous la seule condition de n'en user qu'au profit de la loi morale.

Benjamin Constant, lui, a placé en première ligne la question de la compétence de la souveraineté et de sa limitation

rationes materiæ, s'il m'est permis d'employer des mots du vocabulaire juridique. — « Avant d'organiser une chose, dit-il, « il faut en déterminer la nature et l'étendue. Il est des objets « sur lesquels le législateur n'a pas le droit de faire une loi. »

Cependant Benjamin Constant n'a pas perdu de vue la question à laquelle M. Guizot accorde une attention presque exclusive. Il n'affranchit pas le pouvoir, même dans la sphère qui lui appartient, de la domination de l'idée du bien et du juste. « Le souverain a le droit de punir, mais seulement les actions « coupables. Il a le droit de faire la guerre, mais seulement « lorsque la société est attaquée. Il a le droit de faire des lois, « mais seulement quand ces lois sont nécessaires et en tant « qu'elles sont conformes à la justice. »

Toutefois, Benjamin Constant a le tort de définir la loi *l'expression de la volonté du peuple ou de la volonté du prince*. Sans doute, il corrige cette définition, puisqu'il ajoute qu'il y a des volontés que ni le peuple ni ses délégués n'ont le droit d'avoir.

Pour nous, la loi est un jugement, qu'elle soit l'œuvre d'une démocratie, d'une aristocratie ou d'une monarchie. La loi, en effet, n'est pas seulement une force, elle est une règle, présumée raisonnable et sage, qui a pour elle l'appui et la garantie de la force. Cette règle est, comme le dit l'école doctrinaire, trouvée plutôt que créée; elle n'est pas mobile comme les volontés; elle est ce qu'elle est par la nature des choses; elle n'est pas subordonnée aux passions et aux intérêts qui peuvent bien exercer une trop considérable influence sur sa traduction, mais qui ne la détruisent ni ne la métamorphosent. La volonté de l'individu n'est pas sa seule règle, au moins en ce qui concerne autrui; comment la volonté d'une majorité serait-elle la seule règle d'un peuple? Les peuples, comme les individus, sont soumis à une loi, à une loi qui les oblige parce qu'ils ne l'ont pas faite. On ne s'oblige pas envers soi-même.

La proposition inverse est pourtant la base d'une argumentation que je n'invente point; je la puise dans un ouvrage très-estimé et très-digne de l'être, et j'essaye d'en reproduire la substance.

— La volonté nationale est pour un peuple ce qu'est pour l'individu le libre arbitre. Elle peut osciller entre le bien et le mal. La raison la conseille, mais ne l'enchaîne pas. Comment la liberté nationale serait-elle plus restreinte que la liberté indivi-

duelle? Une nation a le droit de se nuire à elle-même, puisqu'aux individus qui la composent on ne dénie pas le droit de se nuire à eux-mêmes, pourvu qu'ils ne nuisent pas aux droits d'autrui. La volonté populaire est donc la vraie loi, puisque la volonté particulière est la loi de chaque individu. —

Un pareil raisonnement ne saurait soulever trop de protestations : l'assimilation entre une nation et un individu est pleine d'inexactitude.

L'individu a une vie propre. Il est un agent libre et responsable devant Dieu. La nation n'a pas, elle, une liberté et une responsabilité distincte de la liberté et de la responsabilité des individus. La nation ne peut pas se nuire, comme nation, sans nuire à ses membres, et le mal que, dans son aveuglement ou de parti pris, la majorité se fait, atteint du même coup la minorité. L'abus du libre arbitre que la loi sociale absout de la part de l'agent qui ne préjudicie qu'à ses intérêts, revêt un caractère absolument différent, un caractère véritablement offensif de la part d'une nation qui entraîne avec elle, dans les épreuves de sa destinée, les innocents avec les coupables. Si la liberté du mal existe dans une certaine mesure pour l'individu, elle n'existe pas pour une société ou plutôt pour le pouvoir qui la gouverne. Je ne puis m'accoutumer à parler de la liberté d'une société, parce qu'une société ce n'est que la réunion des personnes soumises à un même pouvoir ; parce qu'une société n'a pas de réalité indépendante de celle des gouvernés et des gouvernants. Or, entre les sujets et le pouvoir, il y a une différence essentielle et fondamentale qui reste encore malheureusement enveloppée de trop d'ombre. Les sujets ont d'abord des droits ; leurs devoirs qui dérivent de leurs droits ne sont que la reconnaissance des droits d'autrui. Le pouvoir, au contraire, a d'abord des devoirs, et ses droits ne sont que les moyens nécessaires à l'accomplissement de ces devoirs. Comment donc argumenter avec confiance de la souveraineté individuelle à la souveraineté populaire? Entre un être vivant soumis à une responsabilité adéquate à sa liberté, et une abstraction qui engage des intérêts étrangers aux actes faits en son nom, il n'y a pas de comparaison possible. On ne peut davantage assimiler les gouvernants aux gouvernés. Faut-il démontrer que les gouvernants ne sauraient, dans aucun cas, avoir légitimement la liberté de faire du mal aux gouvernés? L'individu n'a pas la

liberté d'attenter au droit d'autrui. Eh bien! le gouvernement ne viole-t-il pas le droit d'autrui, le droit qui est confié à sa garde, quand il est infidèle à sa mission tutélaire?

La souveraineté nationale se réduit au droit de choisir ou seulement au droit soit d'accepter, soit de répudier le gouvernement. Une nation dispose d'elle en ce sens que la majorité laisse ou livre à telles ou telles mains le pouvoir, c'est-à-dire le droit d'écrire les lois auxquelles elle sera tenue d'obéir. Elle est, comme nation, sujette de la raison qui lui sera plus ou moins imparfaitement traduite par son législateur. L'individu est, sans doute, libre de rompre avec la raison pour ce qui ne concerne que lui; mais la nation, représentée par le pouvoir qui la dirige, ne saurait rompre avec la raison, parce qu'elle se rendrait nécessairement coupable d'un attentat aux droits d'autrui. La loi doit être l'expression, non d'une volonté quelconque s'imposant à ce seul titre de volonté, mais de la justice recherchée avec loyauté, avec intelligence, et proclamée avec autorité.

« La loi est l'expression de la volonté générale, » dit l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme. Benjamin Constant a trop subi la domination de ce souvenir.

La définition de la Constituante est plus encore la traduction d'un principe matérialiste que du principe de la souveraineté populaire. On peut, en effet, accepter le suffrage du plus grand nombre comme loi, non pas parce qu'il emporte avec lui l'idée d'une force supérieure, mais parce qu'il s'y attache une présomption de raison et de vérité. La souveraineté populaire n'est pas exclusive de la suprématie du devoir. Au contraire, l'autorité de la volonté, à ce seul titre de volonté, implique la suprématie d'une puissance physique.

L'article 6 de la déclaration des droits de l'homme se conciliait très-bien avec le système qui dérivait toute pensée de la sensation et assignait à la société pour unique but le bien-être. Elle se conciliait avec le principe du contrat social et le point de départ utilitaire; elle n'est pas en harmonie avec la suprématie de la loi morale, devant laquelle doivent s'incliner toutes les volontés.

A vrai dire, cette définition, préparée ou plutôt déjà formulée par Rousseau, n'était guère plus en harmonie avec le système qui attribuait la dépravation de l'homme à la société, puisqu'il

semble que, plus la société était suspecte de faire tort à l'individu, plus on devait amoindrir le lot social pour grossir le lot individuel. Cependant Rousseau absorbait l'individu dans l'être collectif, et sacrifiait les volontés particulières à la volonté générale, quelle qu'elle fût, si grande que pût être sa contradiction avec la justice et même avec l'intérêt bien entendu de tous.

Malgré le vice de la définition qu'il avait adoptée, Benjamin Constant s'est bien rendu compte de la double limite de la souveraineté sociale. Il indique deux bornes : « Ces bornes « sont tracées par la justice et par les droits des individus. »

Par la justice, c'est la borne dont parle sans cesse l'école doctrinaire;

Par les droits des individus, c'est la borne à laquelle s'est surtout, et plus tard, attaché John Stuart Mill.

Par la justice : ces mots ne sont pas un accident. Benjamin Constant a développé sa pensée : « La volonté de tout un peu- « ple ne peut rendre juste ce qui est injuste. Les représentants « d'une nation n'ont pas le droit de faire ce que la nation n'a « pas le droit de faire elle-même. Aucun monarque, quelque « titre qu'il réclame, soit qu'il s'appuie sur le droit divin, sur « le droit de conquête ou sur l'assentiment du peuple, ne pos- « sède une puissance sans borne. Dieu, s'il intervient dans les « choses humaines, ne sanctionne que la justice. Le droit de « conquête n'est que la force, qui n'est pas un droit, puisqu'elle « passe à qui s'en saisit. L'assentiment du peuple ne saurait « légitimer ce qui est illégitime, puisqu'un peuple ne saurait « déléguer une autorité qu'il n'a pas. »

Benjamin Constant croit tout à la fois aux droits naturels des individus, comme limite de la souveraineté sociale, et à la justice, comme règle de l'exercice de cette souveraineté.

Je soupçonne l'école doctrinaire de n'avoir point foi dans les droits naturels des individus. Elle n'accepterait pas seulement, elle imposerait au besoin le despotisme du bien. Je ne dis pas qu'elle avoue, ni même qu'elle s'avoue que ses théories ont cette portée ou, au moins, cette tendance ; je lui reproche uniquement d'être plus morale que libérale.

La formule de cette école, sous sa meilleure plume, est celle-ci : « Nulle volonté, soit de l'homme sur l'homme, soit de la

« société sur l'individu, soit de l'individu sur la société, ne « doit s'exercer contre la justice et la raison. »

Je crains que cette formule n'implique la légitimité de toute action de la société sur l'individu qui ne s'exerce pas contre la raison et la justice, parce qu'elle a le bien pour objet. Je crains qu'elle n'implique la légitimité de la répression du mal moral qui ne serait pas un mal social.

Je ne suis nullement rassuré par cette autre formule de l'éminent publiciste : « Le droit, considéré en lui-même, est la « règle que l'individu est moralement tenu d'observer et de « respecter dans ses relations avec un autre individu, c'est-à-« dire la limite morale à laquelle s'arrête et cesse sa liberté « légitime dans son action sur cet individu ; c'est-à-dire que « le droit d'un homme est la limite au delà de laquelle la vo-« lonté d'un autre homme sur lui ne saurait moralement s'é-« tendre dans la relation qui les unit. »

Si je rapproche de ces formules la définition de la liberté, *la puissance pour l'homme de se conformer à la raison*, mes inquiétudes augmentent, parce que je ne me contenterais pas d'une liberté qui ne serait que la servitude du devoir. La liberté n'est pas, sans doute, le droit de ne faire que sa propre volonté, de n'obéir qu'à son caprice ; mais elle est au moins le droit pour chacun de faire ce qui lui plaît, même aux dépens et en violation de la loi morale, si cette violation n'est pas une atteinte au droit d'autrui.

La grande répugnance que l'école doctrinaire professe pour l'énumération *a priori* des droits sociaux me cause aussi quelque alarme. Sans doute, les applications du droit varient avec les vicissitudes des relations sociales ; chaque relation, par sa nature, par son caractère, est soumise à une règle qu'il incombe de découvrir et qui n'apparaît guère qu'autant que le fait qu'elle gouverne se produit, c'est-à-dire que sous l'inspiration de sa nécessité. Mais de la diversité, de la complexité des relations, des révolutions dans les situations, est-il permis de conclure qu'en étudiant bien l'homme, ses facultés, ses aptitudes, ses besoins, il est impossible d'arriver à démêler, dans son individualité, des éléments qu'au nom de la société, le pouvoir, sous le prétexte d'utilité ou de discipline morale, n'a jamais le droit de confisquer ou d'enchaîner ?

Le droit dont voudrait se saisir le socialisme, en promettant

à tous le bien-être, je le dénierais à une école qui me promettrait, en même temps que plus de bonheur, plus de moralité et de dignité.

M. de Barante est, sur la prétention de limiter la souveraineté sociale par les droits naturels des individus, beaucoup plus explicite que M. Guizot. Il ne veut pas qu'on oppose les droits naturels des hommes aux droits dont jouissent les hommes d'un pays comme citoyens, en vertu d'une constitution déterminée. Il ne veut pas davantage qu'on oppose le droit naturel au droit qui régit un certain peuple.

Si nous saisissons bien ses raisons, elles se réduisent à ceci : l'homme en société n'a pas de droits absolus, illimités; les lois ont justement pour but d'apporter aux droits des individus des restrictions, des bornes, et le droit positif est bien moins l'expression que la modification du droit naturel. Comment, pour juger la société, commencer par prendre un *criterium* qui exclut son existence?

L'objection de M. de Barante suppose que les publicistes, qui recherchent, au seul point de vue de la raison et en dehors du droit positif, quels sont les droits qui doivent être reconnus à un homme par cela seul qu'il est homme, mutilent la nature humaine et ne tiennent pas compte de l'élément de la sociabilité.

L'objection suppose aussi que les publicistes qui parlent du droit naturel entendent parler d'un droit qui serait applicable si la société n'existait pas.

La double idée sur laquelle repose l'argumentation de M. de Barante est erronée. Le droit individuel de chacun est *naturellement* limité par le droit similaire des autres hommes, et la société, c'est-à-dire l'existence de rapports, est la condition *sine quâ non* d'une règle qui les gouverne. Isolé, l'individu ne relèverait que de lui-même; il n'aurait ni droits ni devoirs; il n'obéirait pas même à sa nature qui l'appelle à des relations soumises à des lois dont le caractère n'a rien d'arbitraire et peut par conséquent être cherché.

M. de Barante a fait une autre objection que je veux brièvement résumer. En supposant que les droits individuels et le droit naturel soient compatibles avec la société, est-il bien prudent d'esquisser en tête de Codes toujours imparfaits, un type idéal qui soit comme un témoignages de leurs défauts et

de leurs lacunes? Pourquoi fournir une base aux critiques, aux accusations? Pourquoi le législateur déprécie-t-il lui-même son œuvre?

Cette seconde objection a plus de gravité.

Mais d'abord la déclaration abstraite et philosophique qu'elle interdit à la prudence du législateur pour le garantir contre des comparaisons accusatrices, elle ne la défend pas aux publicistes qui jugent et ne peuvent bien juger qu'autant qu'ils s'inspirent de principes rationnels, et qu'ils ont l'idée, sinon de la perfection, au moins du mieux.

En second lieu, pourquoi le législateur n'attesterait-il pas lui-même sa confiance dans son œuvre en inscrivant au frontispice les droits qu'il tient pour inviolables et qu'il entend sauvegarder? Pourquoi serait-il dispensé d'une profession de foi? Serait-ce sous le singulier prétexte qu'il peut y être infidèle? Sans doute, il ne faut pas transporter le citoyen sur une haute montagne et lui montrer un empire sans limites, parce que l'illusion serait courte et la tentation dangereuse; force serait de le faire promptement descendre pour laisser sa souveraineté individuelle en face de la souveraineté sociale. Mais que le législateur n'affirme que les droits auxquels il croit et qu'il veut faire respecter; qu'il s'abstienne de tout prospectus menteur; qu'il déclare avec simplicité et sincérité le but qu'il s'est proposé.

Le bill des droits de 1688, la déclaration d'indépendance de 1776 des États de l'Amérique du Nord, sont des précédents historiques qui, malgré les diversités de caractères et de circonstances, absolvent le préambule de nos constitutions. Je ne dis donc pas avec un jeune et brillant publiciste : « Faites des lois dont on puisse logiquement déduire vos principes, et gardez-vous d'établir des principes qui vous exposent à rougir de vos lois..... »

Ma conclusion, c'est celle de Benjamin Constant. La souveraineté sociale a deux sortes de limites : des limites de compétence, des limites de raison et de justice, dans le cercle même où elle est compétente.

Quels seront les juges et quelles sont les sanctions des limites de compétence? Je ne réponds pas; j'interroge à mon tour : quels sont les juges et quelles sont les sanctions des limites de raison et de justice? La difficulté est identique pour les deux

sortes de limites, et les garanties ne sont pas différentes. Les droits de l'individualité n'offrent pas plus d'embarras de vérification que les lois de la raison et de la justice. Pour les deux sortes de limites, de vérification officielle, il ne saurait y en avoir, puisque le souverain cesserait d'être souverain, s'il y avait sur terre un pouvoir au-dessus de lui. Mais il y a le contrôle de l'opinion, la puissance de la conscience publique ; il y a aussi la ressource de la division des pouvoirs, du partage et de la bonne distribution de la souveraineté. A vrai dire, ces deux garanties sont tellement liées qu'on pourrait affirmer qu'elles se confondent : le jeu de pouvoirs bien distribués qui se surveillent sans s'entraver, qui se limitent sans se paralyser, n'est qu'un moyen de faire prévaloir la raison générale, ou au moins de lui assurer sa bonne part d'influence.

Benjamin Constant paraissait attendre beaucoup moins de la bonne pondération des pouvoirs que de l'influence de l'opinion : « Vous avez beau diviser les pouvoirs, si la somme totale du « pouvoir est illimitée, les pouvoirs divisés n'ont qu'à former « une coalition, et le despotisme est sans remède. Ce qui nous « importe, ce n'est pas que nos droits ne puissent être violés « par tel pouvoir sans l'approbation de tel autre, mais que cette « violation soit interdite à tous les pouvoirs. »

Il y a une objection qui n'a pas échappé à Benjamin Constant : comment borner le pouvoir autrement que par le pouvoir? La limitation qu'il cherche, il la trouve surtout dans la force qui garantit toutes les vérités reconnues par l'opinion. Il pousse le respect pour l'opinion jusqu'à l'exagération. C'est pour lui une souveraine qui est l'objet d'un véritable culte, d'un culte allant jusqu'à la superstition. Il veut que le pouvoir suive l'opinion, qu'il ne la devance pas, qu'il l'attende, sauf sans doute au moins à l'éclairer. Dans ce système, l'autorité n'imprime pas le mouvement, elle le reçoit ; elle n'a pas de spontanéité, d'initiative d'action, elle n'est presque qu'un agent d'exécution ; elle ne mérite guère le nom de pouvoir, elle ressemble plutôt à un instrument. Sans doute, il faut qu'elle ait assez d'intelligence et de sagacité pour bien interpréter la volonté publique ; mais elle relève de cette volonté, et n'a pas le droit d'avoir de volonté propre.

« Quand l'autorité dit à l'opinion comme Séide à Mahomet :

« J'ai devancé ton ordre, l'opinion lui répond comme Maho-« met à Séide :

« ..... *Il eût fallu l'attendre ;* et si l'autorité refuse le délai, « l'opinion se venge..... Une amélioration, une réforme, l'abo-« lition d'un abus, toutes ces choses ne sont salutaires que lors-« qu'elles suivent le vœu national ; elles deviennent funestes « lorsqu'elles le précèdent. Ce ne sont pas des perfectionne-« ments, mais des actes de tyrannie. »

Je ne saurais me résoudre à ne voir dans le pouvoir que le ministre de l'opinion. Placé à la tête de la société pour la diriger, pour lui tracer sa voie, il ne doit pas, sans doute, prendre trop les devants; il faut qu'il ait la légitime espérance de se faire suivre, et pour cela il ne doit pas laisser entre l'opinion et ses actes, entre l'idée générale et ses lois, une distance qu'il ne soit pas sûr de faire franchir. Il ne doit pas condamner le public à la fatigue, à la secousse d'une marche trop précipitée; mais il est au moins un guide; il montre et éclaire la route; il n'est pas le pupille, il est le tuteur. Il ne peut faire le bien qu'à la condition d'obtenir l'acquiescement des jugements et des consciences auxquels il s'adresse; toutefois, il n'a pas de mot d'ordre à recevoir. L'opinion, c'est l'appréciation des intelligences et des moralités moyennes; elle a une grande valeur comme puissance de contrôle et même de résistance en cas de flagrantes déviations ; elle est bien rarement la vive lumière qui signale le progrès ; elle se contente trop volontiers du bien pour rechercher le mieux.

C'est peut-être par ce côté que pèchent les théories de Benjamin Constant sur la souveraineté. Pour nous, la légitimité du pouvoir n'est pas nécessairement subordonnée à la condition qu'il ait telle ou telle origine, et notamment qu'il soit issu du suffrage universel. Il est légitime si, par l'élévation de son sens moral et de sa raison, il découvre bien la vraie loi des rapports sociaux. Il est légitime, non-seulement quand il proclame avec exactitude le résultat de cette découverte, mais encore et surtout quand il sait faire la découverte lui-même.

A. BERTAULD.

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

Pages.

Actes de commerce. V. Sociétés.
Alignements. V. Droit administratif.
Bibliographie. — Examen du régime de la propriété mobilière en France, par M. Rivière; compte rendu par M. Lévêque. 92
— Leçons élémentaires de droit commercial, par M. Bonne; compte rendu par M. Lombard. . . . 188
— Théorie du Code pénal, par MM. Chauveau et F. Hélie; compte rendu par M. Alauzet. 358
— La justice révolutionnaire à Paris et dans les départements, par M. Ch. Berriat Saint-Prix; compte rendu par M. L. Bonneville. 362
— Études sur la procédure civile, par M. Lavielle; compte rendu par M. A. Ancelot. 460
— Traité théorique et pratique du droit public et administratif, par M. A. Batbie; compte rendu par M. Mimerel. 471
— Cours de politique constitutionnelle; compte rendu par M. A. Bertauld. 555
Chambres correctionnelles. V. Législation.
Complicité. V. Droit criminel.
Code pénal. V. Bibliographie.
Conciles d'Orléans. V. Histoire du droit.
Contrats de mariage. V. Droit civil.
Crimes commis en pays étranger. V. Droit criminel.
Demandes en pension alimentaire. V. Droit civil.
Détention préventive. V. Législation.
Discours sur l'enseignement du droit. 80
Domaine congéable. V. Histoire du droit.
Droit administratif. — Voirie urbaine. Rues des villes et villages.

Pages.

Alignements individuels en l'absence de plans généraux. Pouvoirs du maire. Limites de ces pouvoirs. 97
Droit civil. — Procès en indemnité pour cause de séduction. Demandes en pension alimentaire par les filles-mères. 1
— De la séparation des patrimoines. 10, 405
— Dissertation sur l'article 2064 du Code Napoléon. . . . 110
— De l'inviolabilité de la réserve. 169, 350
— Revue critique de la jurisprudence sur les nullités des contrats de mariage. 192
— Étude sur les priviléges et les hypothèques. 280
— Examen doctrinal de la jurisprudence en matière de sociétés. 385
— Examen doctrinal de la jurisprudence dans ses rapports avec la vie privée. 481
Droit commercial. — Questions sur le prêt à la grosse. 123
— Examen doctrinal de la jurisprudence en matière de sociétés. 385
Droit criminel. — Complicité d'excitation à la débauche. 1
— Recherches sur la mise en liberté sous caution. 143, 530
— De la prescription de certaines infractions à la loi pénale. 321
— De la position des questions au jury en matière criminelle. 340, 445
— Droit de poursuite des crimes commis en pays étranger. 437
— Examen doctrinal de la jurisprudence dans ses rapports avec la vie privée. 481
Droit pénal allemand. V. Partie étrangère.
Droit public et administratif. — V. Bibliographie.
État de la femme. V. Histoire du droit.
Excitation à la débauche. V. Droit criminel.
Filles-mères. V. Droit civil.
Forme commerciale. V. Sociétés.
Histoire du droit. — Le Songe du Vergier. Recherches sur l'auteur de cet ouvrage célèbre. 34, 296, 495
— Des conciles d'Orléans. 63, 518
— De la propriété littéraire chez les Romains. . . . 85
— De l'usement de Rohan ou du domaine congéable. 229
— Recherches sur l'état de la femme, l'institution du mariage et le régime nuptial. 260
Hypothèques. V. Droit civil.
Indemnité. V. Droit civil.
Infractions à la loi pénale. V. Droit criminel.
Institution du mariage. V. Histoire du droit.
Jury. V. Droit criminel.
Justice révolutionnaire. V. Bibliographie.
Leçons élémentaires de droit commercial. V. Bibliographie.

Pages.

Législation. — De la création de chambres correctionnelles d'un seul juge, à l'effet d'abréger la détention préventive. 207
Mines. V. Sociétés.
Mise en liberté sous caution. V. Droit criminel.
Nullité. V. Droit civil.
Partie étrangère. — Précis de l'histoire du droit pénal allemand. . . . 367
Pension alimentaire. V. Droit civil.
Politique constitutionnelle. V. Bibliographie.
Pouvoirs du maire. V. Droit administratif.
Prescription. V. Droit criminel.
Prêt à la grosse. V. Droit commercial.
Priviléges. V. Droit civil.
Procédure civile. — V. Bibliographie.
Propriété littéraire chez les Romains. V. Histoire du droit.
Propriété mobilière en France. V. Bibliographie.
Questions. V. Droit criminel.
Régime nuptial. V. Histoire du droit.
Réserve. V. Droit civil.
Rues des villes et villages. V. Droit administratif.
Séduction. V. Droit civil.
Séparation des patrimoines. V. Droit civil.
Sociétés. V. Droit civil et Droit commercial.
Songe du Vergier. V. Histoire du droit.
Vie privée. V. Droit civil et Droit criminel.
Voirie urbaine. V. Droit administratif.
Usement de Rohan. V. Histoire du droit.

TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

MM. Pages.

ALAUZET : Bibliographie. — Théorie du Code pénal, par MM. Chauveau et F. Hélie. 358

ANCELOT : Bibliographie. — Études sur la procédure civile, par M. Lavielle. 460

— Examen doctrinal de la jurisprudence civile et criminelle dans ses rapports avec la vie privée. 491

L. AUCOC : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière administrative. 97

BATBIE : Discours sur l'enseignement du droit. 80

Th. BAZOT : De la position des questions au jury en matière criminelle. 340

— Suite. 445

P. BERNARD : De la prescription de certaines infractions à la loi pénale. 321

A. BERTAULD : Examen doctrinal de la jurisprudence civile et criminelle dans ses rapports avec la liberté de la vie privée. . . 1

— Examen doctrinal de la jurisprudence sur les nullités des contrats de mariage. 193

— Bibliographie. — Cours de politique constitutionnelle. . . . 555

BIBERNET : Des conciles d'Orléans. 63, 518

— Recherches sur l'état de la femme, l'institution du mariage et le régime nuptial. 260

L. BONNEVILLE : Bibliographie. — La justice révolutionnaire à Paris et dans les départements, par M. Ch. Berriat Saint-Prix. . . 362

— Traduction. — Précis de l'histoire du droit pénal allemand, par M. Levita. 367

A. BREULIER : De la propriété littéraire chez les Romains. 85

COIN-DELISLE : Dissertation sur l'article 2064 du Code Napoléon. . . . 110

Th. DEROME : De l'usement de Rohan ou du domaine congéable. . . . 229

DOLLINGER : De la séparation des patrimoines. 10

— Suite. 405

MM. Pages.

FRETEL : De l'inviolabilité de la réserve. 169, 350
LEVÊQUE : Bibliographie. — Examen du régime de la propriété mobilière en France, par M. Rivière. 92
LEVITA : Partie étrangère. — Précis de l'histoire du droit pénal allemand. 367
LOMBARD : Bibliographie. — Leçons élémentaires de droit commercial, par M. Bonne. 188
L. MARCEL : Le Songe du Vergier. Recherches sur l'auteur de cet ouvrage célèbre. 34
— Suite. 296, 495
MIMEREL : Bibliographie. — Traité théorique et pratique du droit public et administratif, par M. A. Batbie. 471
DE NEYREMAND : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière de sociétés. 385
G. PICOT : Recherches sur la mise en liberté sous caution. 143
— Suite. 530
PUGNET : Droit de poursuite des crimes commis en pays étranger. . 487
G. ROUSSET : De la création de chambres correctionnelles d'un seul juge, à l'effet d'abréger la détention préventive. 207
SEVIN : Étude sur les priviléges et les hypothèques. 280
L. M. DE VALROGER : Questions sur le prêt à la grosse. 123

ERRATA.

Page 44, lig. 9. *Cette réimpression contient cent cinquante-trois pages.* Il y a une pagination distincte pour chacun des deux livres du Songe du Vergier. C'est le second livre seulement qui contient 153 pages; le premier se compose de 249 pages, ce qui fait en tout 402 pages, sauf les titres et la planche.

Page 310, lig. 15. *Sur Philippe de Maizières,* lisez : sur Raoul de Presles.

Page 320, lig. 20. *A l'article* ORESME, lisez : *à l'article* LEFEVRE.

V 13476.

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Cie, 26, rue Racine.